

3977.

Профессору

ПРОВЕРЕНО
2000 г.

Владу Мавлелузу Баймурзому

и знанию шариата и права

и неграшней прикладности

автор.



1346

СПбГУ

№ 8-977
WS

826



ПРАВА

ДОБРОСОВѢСТНАГО ВЛАДѢЛЬЦА

НА ДОХОДЫ

И ЗНАЧЕНІЕ ДОБРОСОВѢСТНОСТИ ДЛЯ ГРАЖДАНСКАГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

СЪ ТОЧЕКЪ ЗРѢНІЯ

ДОГМЫ И ПОЛИТИКИ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Л. ПЕТРАЖИЦКАГО.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 л., 28.

1897.

1700 гр. пр.

1700 гр. пр.



2585

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Настоящее изслѣдованіе представляетъ въ значительной степени повтореніе на русскомъ языкѣ второй части моей книги, изданной въ 1892 г. на нѣмецкомъ языкѣ подъ заглавіемъ: „Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten“. Какъ заключенныя въ Fruchtvertheilung три спеціальныя изслѣдованія, такъ и оба тома моего послѣдующаго труда: Lehre vom Einkommen—преслѣдуютъ болѣе общія задачи, нежели тѣ, которыя выражены въ ихъ заглавіяхъ. А именно, они имѣютъ въ виду доказать необходимость и возможность основанія науки политики права и въ частности науки политики гражданскаго законодательства, „цивильной политики“ („Civilpolitik“), а также содержать попытку установить научный правно-политическій методъ и рѣшить нѣкоторые другіе вопросы, имѣющіе основное и т. ск. преюдиціальное значеніе для развитія и успѣха предполагаемой науки.

Самымъ главнымъ условіемъ для возникновенія науки цивильной политики является, конечно, выработка дѣйствительно научнаго метода цивильно-политическаго изслѣдованія и доказательство возможности и плодотворности его примѣненія. Для этого, въ свою очередь, недостаточно было бы общихъ теорій и разсужденій, а прежде всего необходимо показать примѣненіе метода и его плодотворность на дѣлѣ пу-

темъ приложеніи его къ изслѣдованію спеціальныхъ областей и вопросовъ.

То обстоятельство, что защищаемыя мною общія идеи въ сравнительно короткое время приобрѣли извѣстный, постепенно возрастающій, кругъ сторонниковъ въ германской литературѣ, объясняется вовсе не убѣдительностью общихъ доводовъ и разсужденій, помѣщенныхъ въ приложеніяхъ къ первому и второму тому „Lehre vom Einkommen“, а спеціальными результатами примѣненія этихъ общихъ точекъ зрѣнія въ главныхъ частяхъ названныхъ монографій.

Несмотря на то, что оба тома *Lehre vom Einkommen* содержатъ во всѣхъ частяхъ и даже почти во всѣхъ параграфѣхъ отрицаніе господствовавшихъ до сихъ поръ ученій по существу и замѣну ихъ совершенно отличными отъ нихъ теоріями (въ особенности въ области ученія о процентахъ) и что первое изслѣдованіе „*Fruchtvertheilung*“ направлено на рѣшеніе такой задачи, которая послѣ безконечнаго ряда бесплодныхъ попытокъ ея рѣшенія была объявлена неразрѣшимой загадкой романистической науки, всѣ эти многочисленныя новыя теоріи встрѣтили со стороны литературы признаніе, далеко превзошедшее самыя смѣлыя ожиданія автора, и получили доступъ въ храмъ науки почти безъ противорѣчія и оппозиціи ¹⁾.

¹⁾ Впрочемъ, по поводу моей теоріи дѣленія доходовъ приданаго (а именно, противъ моихъ объясненій на стр. 31—41 *Fruchtvertheilung*) проф. Lotmar написалъ пространную и ожесточенную полемику (въ *Jahrbücher* Геринга. 33 B. стр. 225—298), въ которой пытался путемъ пріемовъ весьма сомнительнаго и въ нѣмецкой литературѣ особенно необычнаго свойства доказать, что моя теорія дѣленія доходовъ приданаго зиждется на элементарныхъ ошибкахъ и содержитъ массу противорѣчій. Но эта полемика имѣла для автора ея только отрицательный—и притомъ не только съ научной точки зрѣнія успѣхъ (ср. мой отвѣтъ въ *Jahrb.* Геринга. B. 33, стр. 448—459 и по этому поводу Dernburg, *Pandekten* III § 22 N. 6: „Lotmar hat Petrazeycki nicht zu widerlegen vermocht“; Oertmann въ *Archiv f. bürgerl. Recht*, IX, стр. 419 и сл.: Petrazeycki's „*Fruchtvertheilung*“ hat das Signal zu einer litterarischen Fehde zwischen ihm und Lotmar gegeben. Letzterer versucht die im übrigen allgemein—so auch vom Referenten—als richtig anerkannte Petrazeycki'sche

Далеко не такой успѣхъ достался на долю второй части Fruchtvertheilung, т.-е. моей теоріи правъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды. Несмотря на то, что именно это изслѣдованіе привноситъ сравнительно наименѣе новаго и во всякомъ случаѣ въ догматической и исторической части вовсе не отличается научно-революціоннымъ характеромъ, литературные голоса по поводу него раздѣлились; въ частности, противъ моихъ историческихъ замѣчаній обстоятельно и рѣшительно высказался авторитетнѣйшій изъ современныхъ историковъ римскаго гражданскаго права—Alfred Pernice. Онъ, а также Oertmann оспариваютъ въ связи съ историческимъ разногласіемъ и мою цивильно-политическую теорію института, такъ что и послѣдняя не можетъ считаться признанною и принятою со стороны науки, несмотря на вѣскую поддержку ея со стороны другихъ авторитетныхъ юристовъ (Dernburg, Leonhard).

Такимъ образомъ это изслѣдованіе постигла сравнительная неудача и изъ системы спеціальныхъ фортвовъ, воздвигнутыхъ тяжелымъ и усиленнымъ трудомъ для укрѣпленія защищаемыхъ мною общихъ идей, этотъ фортъ оказался или, какъ я думаю, показался слабымъ и долженъ быть защищенъ и укрѣпленъ заново.

Полемика Перниса и Эртмана не поколебала моего убѣжденія въ правильности взглядовъ, выставленныхъ и обоснованныхъ во второй части Fruchtvertheilung. Напротивъ, послѣ напечатанія своего изслѣдованія о правахъ добр. владѣльца на плоды на нѣмецкомъ языкѣ я случайно нашелъ въ источникахъ римскаго права неожиданное и непредвидѣнное рѣшеніе спорныхъ историческихъ вопросовъ въ мою пользу, а изслѣдовавъ внимательнѣе отношеніе статей 1 ч. X т. къ вопросу о правахъ владѣльца на доходы, я убѣ-

Auslegung der vielbestrittenen l. 7 § 1 D. s. m. als unrichtig darzuthun... Ich glaube, dass es gar nicht der Petrażycki'schen schlagfertigen Entgegnung bedurft hätte, um Lotmar's Ansicht als höchst unwahrscheinlich zu erweisen. Ihr scharfsinniger Autor tritt sich, nebenbei bemerkt, durch eine wenig anmuthende Form der Polemik.. selbst zu nahe“).

дился, что и здѣсь есть весьма интересный матеріалъ, требующій освѣщенія и обработки съ точки зрѣнія идеи, проведенной мною во второй части *Fruchtvertheilung*.

Неудача постигла главный результатъ моего изслѣдованія о добросовѣстномъ владѣніи и въ области законодательства. Составители германскаго уложенія лишь отчасти и только въ побочныхъ пунктахъ согласились съ указаніями *Fruchtvertheilung*, а въ главномъ пунктѣ не только имъ не послѣдовали, но даже сдѣлали крупный шагъ въ противоположномъ направленіи — подъ вліяніемъ замѣчаній Эндемана, противопоставившаго идеѣ римскаго права, изложенной въ *Fruchtvertheilung*, иную идею для устроения института приобрѣтенія плодовъ, а именно, германскую идею ограниченія виндикаціи въ области права движимостей. Эту мысль, а равно ея выраженіе въ новомъ германскомъ уложеніи я считаю полнымъ искаженіемъ института и его экономической функціи. Противопоставленія этой идеи моей теоріи я при составленіи *Fruchtvertheilung* предвидѣть не могъ, а если бы и предвидѣлъ, то посвящать ей много мѣста счелъ бы излишнимъ, но теперь она имѣетъ въ свою пользу авторитетную санкцію новѣйшаго гражданскаго кодекса и требуетъ внимательной критики и всесторонняго опроверженія.

Сказанное объясняетъ какъ выборъ темы настоящаго сочиненія, такъ и то обстоятельство, почему объемъ настоящаго русскаго сочиненія значительно больше, нежели объемъ перваго нѣмецкаго изданія, и почему оно приобрѣло въ значительной степени полемическій характеръ.

Сверхъ намѣченнаго, еще въ одномъ отношеніи сдѣлано важное добавленіе къ тому, что содержалось въ нѣмецкомъ изложеніи. Тамъ я, исходя изъ спеціальнаго института приобрѣтенія плодовъ, старался изслѣдовать цивильно-политическое значеніе понятія *bona fides* вообще съ точки зрѣнія производства, съ точки зрѣнія охраны хоз. благъ и производительныхъ частнохозяйственныхъ организмовъ отъ поврежде-

нія и разрушенія. Теперь, въ русскомъ изданіи, по поводу принципа *en fait des meubles la possession vaut titre* (Hand wahre Hand) прибавлено и рассмотрѣніе второй экономической функціи особаго права на случаи *bona fides*, а именно, изслѣдованіе значенія *bona fides* съ точки зрѣнія гражданской политики обращенія хозяйственныхъ благъ (§ 28).

Позитивно-правовой матеріалъ, изъ обсужденія и оцѣнки котораго исходитъ мое изслѣдованіе, взятъ главнымъ образомъ изъ *Corpus iuris*, а именно, первая часть книги (стр. 1—42) исключительно посвящена догматическому установленію содержанія относящихся къ институту нормъ римскаго права, слѣдовательно и толкованію римскихъ источниковъ. Слѣдующіе §§ до § 17 (до стр. 111) включительно тоже имѣютъ главнымъ образомъ романистическое значеніе и могли бы представить разныя затрудненія для читателя, менѣе близко знакомаго съ латинскимъ языкомъ и романистическою доктриною. Напротивъ, дальнѣйшее изложеніе отъ стр. 112 (или стр. 118) имѣетъ болѣе общій, экономической и правно-политической характеръ и самостоятельное, независимое отъ римскаго права, значеніе. Поэтому на случай, если бы для настоящаго сочиненія нашелся читатель не-романистъ, считаю нужнымъ замѣтить:

Для пониманія второй части книги необходимо имѣть въ виду главнымъ образомъ слѣд. положенія:

По римскому праву субъектъ, который извлекаетъ изъ чужого имѣнія или иной чужой вещи доходы вслѣдствіе извинительнаго заблужденія, что ему принадлежитъ право собственности или иное право на вещь, содержащее въ себѣ право пользованія и извлеченія доходовъ, — не обязанъ возвращать дѣйствительному управомоченному добытаго безправно дохода и даже приобрѣтаетъ право собственности на извлеченные имъ плоды, а только обязанъ вмѣстѣ съ имѣніемъ возвратить наличные еще *in natura* продукты (*fructus extantes*). Страннымъ и непонятнымъ здѣсь представляется:

1) Почему и на какомъ основаніи фактической, неправомѣрный владѣлецъ чужой вещи приобрѣтаетъ право собственности на ея плоды? 2) Почему, разъ ему предоставлено право собственности на плоды, для него существуетъ обязанность возвратить нѣкоторые изъ этихъ плодовъ, причемъ дѣленіе плодовъ на наличные и потребленные (проданные, употребленные въ пищу etc.), повидимому, лишено всякаго разумнаго основанія? Многіе романисты пытались найти такое юридическое толкованіе римскихъ правилъ, которое бы устраняло ихъ странность и непослѣдовательность. Но для этого имъ приходилось прибѣгать къ произвольному и тенденціозному толкованію источниковъ, причемъ результаты этого насилуванія историческихъ и юридическихъ данныхъ (даже при предположеніи согласія съ источниками) далеко не могутъ быть признаны удовлетворительнымъ рѣшеніемъ проблемы. Такъ, напр., многіе пытались конструировать (юридически обосновать) право собственности владѣльца на плоды путемъ возведенія добр. владѣльца въ „предполагаемаго“, „фиктивного“, „бонитарнаго“ etc. собственника. Но это не юр. конструкція, а юр. деструкція, не объясненіе, а затемненіе дѣла и самообманъ, ибо дѣйствительное существо (и правильная юр. квалификація) нашего института состоитъ именно въ томъ, что онъ является *ius singulare*, а именно, представляетъ изытіе изъ общаго и кореннаго принципа частно-хозяйственной системы распредѣленія—изъ принципа, по которому собственнику капитала юридически приписывается и гарантируется и доходъ съ него. Другіе тоже путемъ произвольнаго обращенія съ источниками и историческими фактами пытались доказать, что классическое римское право регулировало вопросъ иначе, болѣе рационально, но что классическіе тексты и право были искажены компиляторами.

Настоящее изслѣдованіе, напротивъ, пытается доказать разумность римскихъ правилъ и объяснить ихъ *ratio* съ

такой точки зрѣнія, которая не только не ведетъ къ произвольному толкованію источниковъ въ данной области, но вмѣстѣ съ тѣмъ проливаетъ свѣтъ на многіе другіе институты гражданскаго права, до сихъ поръ весьма неправильно обсуждавшіеся со стороны юриспруденціи, и даже является столь общою и необходимою, при оцѣнѣ нормъ гражданскаго права, точкою зрѣнія, что ей слѣдуетъ приписать методологическое значеніе.

Первоначально я предполагалъ начать научную „пропаганду“ своихъ общихъ правно-политическихъ принциповъ на русскомъ языкѣ не съ изданія специальныхъ изслѣдованій, а съ изложенія выработанной мною (конечно, еще въ весьма несовершенномъ и неполномъ видѣ) т. ск. „общей части“ науки политики права и въ частности гражданскаго права. Для этой цѣли я написалъ и началъ печатать въ началѣ прошлаго года „Введеніе въ науку политики права“. Значительная часть этого сочиненія (больше 200 стр.) уже была напечатана въ прошломъ году (менѣе значительная часть появилась въ Кіевскихъ Унив. Извѣстіяхъ), но дальше 15-го листа печатаніе до сихъ поръ не подвинулось вслѣдствіе своеобразныхъ бѣдствій и препятствій типографскаго свойства. Послѣ ликвидаціи дѣлъ бывшей типографіи Унив. Св. Вл. и приведенія ея въ порядокъ новымъ владѣльцемъ я надѣюсь возобновить печатаніе и издать свое „Введеніе“. До изданія этой книги нѣкоторыя замѣчанія настоящаго изслѣдованія могутъ показаться для читателя, незнакомаго съ моими нѣмецкими сочиненіями, не вполне понятными, а послѣ изданія „Введенія“ окажется, что нѣкоторыя другія замѣчанія излишне повторяются въ обѣихъ книгахъ. Эти недостатки произошли вслѣдствіе упомянутыхъ непредвидѣнныхъ обстоятельствъ, а не отъ литературной небрежности.

СП6ГУ

ОГЛАВЛЕНИЕ.

ЧАСТЬ I.

Догматическое изложение института приобретения плодов добросовѣстнымъ владѣльцемъ по римскому праву.

	Стран.
Предварительное замѣчаніе	1
<i>А. Отношеніе добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ.</i>	
§ 1. Добросовѣстный владѣлецъ приобретаетъ плоды въ собственность.	3
§ 2. Юридическая природа возвращенія fructus extantes.	9
§ 3. Общія выраженія источниковъ объ отношеніи добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ	12
<i>В. Условія приобретения плодовъ.</i>	
Предварительное замѣчаніе	16
§ 4. 1. Titulus	17
§ 5. 2. Res habilis.	20
§ 6. 3. Bona fides	21
§ 7. 4. Possessio	24
<i>С. Условія освобожденія отъ обязанности возвращать плоды.</i>	
§ 8. 1. Consumptio	27
§ 9. 2. Bona fides въ моментъ consumptio.	30
§ 10. 3. Fructus extantes подлежатъ возвращенію только, поскольку они образуютъ чистую прибыль владѣльца.	31
§ 11. 4. Подлежатъ ли возвращенію такъ назыв. гражданскіе плоды?	35
§ 12. <i>D. Въ частности о приобретеніи чрезъ рабовъ</i>	38

ЧАСТЬ II.

Объясненіе института съ точки зрѣнія теоріи (конструкціи), исторіи и политикіи гражданского права.

§ 13. <i>А. Вопросъ и общія характеристика и классификація матературы.</i>	45
--	----

В. Обзор литературы.

§ 14.	1. Конструктивныя теоріи. а. Первая группа (Savigny, Windscheid, Göppert)	49
§ 15.	b. Вторая группа (Vangerow и Brinz)	53
§ 16.	с. Третья группа (Glück, Marezoll, Köppen).	58
§ 17.	2. Теорія интерполяцій	62
§ 18.	С. <i>Наша задача и методъ рѣшенія.</i>	112
	D. <i>Значеніе трехъ факторовъ, опредѣляющихъ институтъ.</i>	
§ 19.	1. <i>Vona и mala fides.</i>	121
§ 20.	2. <i>Consumptio.</i> 3. <i>Отличіе плодовъ отъ капитала</i>	132
§ 21.	Е. <i>Объясненіе матеріальной стороны института</i>	150
§ 22.	Ф. <i>Объясненіе формальной стороны института.</i>	189
§ 23.	Г. <i>Историческіе вопросы</i>	192

ЧАСТЬ III.

Права добросовѣстныхъ владѣльцевъ на доходы съ точки зрѣнія современной гражданской политики и новыхъ гражданскихъ уложеній.

§ 24.	А. <i>Положительныя гражданско-политическія предложенія</i>	227
	В. <i>Критическій очеркъ отношенія новыхъ законодательствъ къ вопросу о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды.</i>	
§ 25.	1. <i>Общія замѣчанія объ отношеніи новыхъ гражд. уложеній къ римскому праву</i>	241
§ 26.	2. <i>Постановленія французскаго, итальянскаго, австрійскаго и прусск. гражд. уложеній.</i>	253
§ 27.	3. <i>Правила новаго общегерманскаго гражданскаго уложенія.</i>	263
§ 28.	4. <i>Распределеніе доходовъ между собственникомъ и добр. вл. по 1-ой части X-го тома Свода Законовъ</i>	328

ЗАМЪЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКІ:

<i>Страница.</i>	<i>Строка.</i>	<i>Напечатано:</i>	<i>Должно быть:</i>
66	9 сверху	въ всей	во всей
166	25 снизу	арументація	аргументація
214	7 сверху	указанію	указанію,
232	1 снизу	не нарушенія	ненарушенія
247	24 сверху	Савильи	Савиньи
248	21 снизу	національно	національнаго
248	8 „	воплощенія	воплощеніе
250	10 „	прекрасность	прелесть
251	18 сверху	возведены	возведено
254	11 „	права	права,
255	15 „	право-отношенія	правоотношенія
255	29 „	скрывали	скрываль
275	1 „	института,	института
352	11 снизу	extantes	extantes,



СНГ

ЧАСТЬ I.

ДОГМАТИЧЕСКОЕ ИЗЛОЖЕНИЕ ИНСТИТУТА ПРИОБРЕ-
ТЕНИЯ ПЛОДОВЪ ДОБРОСОВѢСТНЫМЪ ВЛАДѢЛЬЦЕМЪ
ПО РИМСКОМУ ПРАВУ.

С П 6 Г У

Предварительное замѣчаніе.

Ученіе о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды представляетъ почти такое же большое мѣсто науки римскаго гражданскаго права, какъ вопросы о владѣніи, о дѣленіи дотальныхъ плодовъ и т. п. Почти всѣ вопросы въ этой области спорны и ждутъ еще рѣшенія, которое бы обладало достаточной научною достовѣрностію.

Основное правило распредѣленія плодовъ между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ состоитъ въ слѣдующемъ:

Потребленные плоды (*fructus consumpti*) остаются въ пользу добросовѣстнаго владѣльца, наличные (*fructus extantes*) должны быть возвращены собственнику.

Это правило пользуется, повидимому, общимъ признаніемъ, впрочемъ только относительно юстиніанова, но не классическаго права. Но и это ограниченное признаніе въ сущности только кажущееся, потому что приведенное правило для каждаго изслѣдователя имѣетъ иной смыслъ. Такъ, напр., что касается понятія добросовѣстнаго владѣльца, то для нѣкоторыхъ оно означаетъ владѣющаго въ видѣ собственности, для другихъ всякаго путативнаго субъекта какаго бы то ни было вещнаго права или даже того, кто приписываетъ себѣ обязательственное право извлеченія доходовъ. Далѣе спорно, достаточно ли владѣніе безъ титула или требуется титулованное владѣніе, долженъ ли владѣлецъ имѣть *animus possidendi* etc. Право добросовѣстнаго владѣльца на плоды означаетъ то окончательное право собственности, то временное, отмѣняе-

мое, то только добросовѣстное владѣніе. Соотвѣтственно этому и право собственника вещи на *fructus extantes* опредѣляютъ очень различно. И различіе между *fr. extantes* и *consumpti* еще не установлено съ научной достовѣрностью, а толкуется различно. Что же касается такъ называемыхъ *fructus civiles*, то правила ихъ распредѣленія между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ конструируются обыкновенно со всѣмъ независимо отъ источниковъ; поэтому здѣсь почти столько же мнѣній, сколько сочиненій, посвященныхъ нашей темѣ.

Какъ обыкновенно бываетъ въ такихъ случаяхъ, пускаютъ въ ходъ и предположенія объ искаженіи первоначальнаго текста компиляторами, т.-е. оперируютъ интерполяціями.

Тѣмъ не менѣе мы имѣемъ дѣло съ излюбленною темою монографическихъ работъ. Есть много остроумныхъ сочиненій и статей выдающихся юристовъ по нашему вопросу, такъ что теперешнее неудовлетворительное состояніе ученія нельзя объяснить малымъ количествомъ и качествомъ умственной силы, употребленной на его разработку ¹⁾. Причина зла и главные недостатки различныхъ теорій по нашему вопросу обнаружатся изъ дальнѣйшихъ частей нашего изслѣдованія. Настоящая же часть представляетъ только попытку найти достовѣрное и научно обоснованное рѣшеніе догматическихъ вопросовъ нашего института на основаніи рѣшеній источниковъ.

¹⁾ Самостоятельное участіе въ разработкѣ нашего института приняли между прочимъ въ новое время такіе корифеи романизма, какъ Savigny, Windscheid, Dernburg, Ihering, Brinz, Pernice, Czychlarz etc. Главнымъ основаніемъ *communis opinio* по частнымъ вопросамъ ученія и источникомъ изложенія института въ учебникахъ было ко времени нѣмецкаго изданія настоящаго изслѣдованія обстоятельное и талантливое изслѣдованіе Чиларжа: „Der Fruchterwerb des b. f. p. (Glück's Commentar, Serie der Bücher 41 u. 42 I. Th., стр. 469 и сл.). Изданные послѣ появленія „Fruchtvertheilung“ учебники: 4-ое и 5-ое изданіе пандектовъ Дернбурга (I § 205) и институціи Леонарда (§ 77) стоятъ на почвѣ настоящаго изслѣдованія.

А. Отношеніе добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ.

§ 1. Добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ плоды въ собственность.

Обыкновенно доказываютъ собственность добросовѣстнаго владѣльца на плоды выраженіями источниковъ, которыя несомнѣнно характеризуютъ отношеніе добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ именно какъ право собственности. Последняго обстоятельства не отрицаютъ и противники признанія права собственности въ новѣйшей литературѣ—Виндшейдъ и Геспертъ ¹⁾. Тѣмъ не менѣе они не считаютъ общихъ выраженій источниковъ рѣшительнымъ доказательствомъ. Мы также признаемъ вполне основательнымъ требованіе, чтобы право собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды было доказано иначе, нежели путемъ ссылки на общія выраженія источниковъ. Необходимо доказать, что въ рѣшеніяхъ источниковъ проведены послѣдствія права собственности. Тогда дѣйствительно можно будетъ съ увѣренностью утверждать, что римскіе юристы не употребляли неточныхъ общихъ выраженій о добросовѣстномъ владѣльцѣ, не ошибались въ теоретической характеристикѣ его правъ, а вѣрно констатировали содержаніе положительнаго права.

Главный аргументъ противниковъ права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды именно въ томъ и состоитъ, что кромѣ общихъ выраженій въ *Corpus iuris* нѣтъ никакихъ доказательствъ въ пользу права собственности владѣльца (см. Windscheid, *Zeitschrift f. C. und Pr. N. F.* 4, стр. 122 и сл., Göppert, *cit.*, стр. 336 и сл.). „Въ этомъ отношеніи“, говоритъ Геспертъ (стр. 337), „и его (права собственности) защитники сами признаютъ, что наши источ-

¹⁾ Windscheid *Pand. I* § 186, N. 12: „Какъ бы то ни было, есть мѣста источниковъ, въ которыхъ непредубѣжденное изслѣдованіе не рѣшится увидѣть что либо другое, какъ признаніе права собственности добросовѣстнаго владѣльца“; ср. Windscheid въ *Zeitschr. für Civilrecht und Prozess N. F.* 4, стр. 105, Göppert, *Ueber die organischen Erzeugnisse*, стр. 331 и сл.

ники не упоминають ни объ одномъ изъ тѣхъ послѣдствій, которыя обыкновенно влечетъ за собою право собственности“.

Приступая къ попыткѣ собрать такія доказательства, мы а priori должны приготовить къ тому, что большаго числа примѣненій права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды въ пандектахъ мы не найдемъ. Чѣмъ безспорнѣе было это право, тѣмъ менѣе было основанія для римскихъ юристовъ показывать примѣненіе его въ отдѣльныхъ случаяхъ. Если добросовѣстный владѣлецъ, какъ собственникъ плодовъ, отчуждаетъ ихъ, устанавливаетъ на нихъ ограниченныя вещныя права и т. д., то въ гражданскомъ оборотѣ отъ этого не происходитъ никакихъ замѣшательствъ; безразлично, производитъ ли добросовѣстный владѣлецъ юридическія дѣйствія съ этими плодами или съ плодами своихъ собственныхъ вещей, или вообще со своими вещами. Нѣтъ основанія говорить отдѣльно о плодахъ, принадлежащихъ ему въ силу добросовѣстнаго владѣнія, въ силу обязательства, въ силу права собственности на плодоносную вещь, какъ нѣтъ основанія говорить отдѣльно о примѣненіи права собственности арендатора на плоды, которые онъ извлекаетъ изъ арендуемаго имѣнія.

Напротивъ, слѣдовало бы ожидать многочисленныхъ рѣшеній по нашему вопросу, если бы право собственности добросовѣстнаго владѣльца не было признано; ибо въ такомъ случаѣ юридическія распоряженія плодами вызвали бы замѣшательства въ гражданскомъ оборотѣ, противъ которыхъ требовалось бы принять особыя мѣры.

Тѣмъ не менѣе въ источникахъ случайно встрѣчаются примѣры примѣненія права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды. Сюда относится прежде всего 1. 1 § 2 D. de pign. 20, 1 (Papinianus libro undecimo responsorum):

Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. eos consumptos bona fide emptor utili Servianā restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur: quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

Какъ извѣстно, плоды заложенной вещи не подпадаютъ закладному праву, если они при отдѣленіи отъ главной вещи

не попали въ собственность залогодателя ¹⁾. И вотъ Папиніанъ въ приведенномъ мѣстѣ, очевидно, основываетъ свое рѣшеніе на томъ, что плоды предъ *consumptio* принадлежали добросовѣстному владѣльцу, а не залогодателю, собственнику вещи (*qui nunquam debitoris fuerunt* ²⁾).— На какомъ основаніи *bonae fidei emptor* долженъ выдать *fr. extantes*, хотя они по рѣшенію Папиніана также свободны отъ, закладного права, потому что не принадлежали залогодателю, для насъ пока безразлично. Ниже мы увидимъ, что добросовѣстный владѣлецъ при *rei vindicatio* и другихъ направленныхъ противъ него вещныхъ искахъ всегда выдаетъ *fr. extantes*, хотя они не подвержены вещному праву противника.

Одно изъ важнѣйшихъ послѣдствій права собственности добросовѣстнаго владѣльца проведено далѣе въ l. 4 § 19 D. de usuc. 41,3:

(Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum). *Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet sed statim emptoris fit. (idem in agnis dicendum, si consumpti sint, quod verum est).*

Юристъ, очевидно, предполагаетъ, что шерсть украденной овцы продана владѣльцемъ послѣдней третьему лицу. ³⁾ Иначе толковать мѣсто абсолютно невозможно. Если предположить, что рѣчь идетъ о приобрѣтеніи шерсти самимъ владѣльцемъ овцы, то положеніе „*Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest*“ было бы лишено всякаго смысла: Воръ самъ, конечно, лишенъ возможности узаконивать по многимъ основаніямъ (*titulus, fides etc.*). Такое тривіальное положеніе приписывать Павлу нѣтъ основанія. Напротивъ, онъ высказываетъ то положеніе, по которому шерсть, снятая воромъ, какъ *res furtiva*, не можетъ быть приобрѣтена по давности третьими лицами, хотя бы на ихъ

¹⁾ Ср. l. 29 § 1 D. de pign. 20,1; Windscheid § 226 a N. 11; Dernburg I, § 273 N. 9.

²⁾ Врочемъ у Гепперта (l. с. стр. 405) встрѣчаемъ иное толкованіе этого мѣста. Онъ предполагаетъ, что отвѣтчикомъ въ *actio pigneraticia* является собственникъ, т. е., что *bona fidei emptor* приобрѣлъ вещь сразу въ собственность или узаконивалъ ее впослѣдствіи. Предположеніе это очевидно произвольно и противорѣчитъ словамъ Папиніана.

³⁾ Ср. Köppen, Der Fruchterwerb des b. f. p., стр. 79 и сл.

сторонѣ были *bona fides* и *iustus titulus*. Въ предложеніи „*usucapı non potest*“, если разсужденіе Павла имѣетъ разумный смыслъ, само собою разумѣется, что рѣчь идетъ о давностномъ приобрѣтеніи не воромъ, а всякимъ третьимъ лицомъ, приобрѣвшимъ уже снятую шерсть *bona fide*. Если эта шерсть снята была воромъ, то добросовѣстный приобрѣтатель не можетъ ея узуканировать. Если же эта шерсть снята добросовѣстнымъ владѣльцемъ краденыхъ овецъ, то она не есть *res furtiva* и *statim emptoris fit*. „*Emptor*“ есть покупатель шерсти въ противоположность къ „*bonae fidei emptor*“, который въ нашемъ фрагментѣ означаетъ добросовѣстнаго владѣльца овецъ. Потому то Павелъ и говоритъ просто *emptor*, что о *bona fides* покупателя шерсти не можетъ быть рѣчи ¹⁾; онъ приобрѣтаетъ собственность *statim*, т.-е. уже вслѣдствіе *traditio*, а не лишь вслѣдствіе давностнаго владѣнія ²⁾. Объ *usucapıo* купленной *lana ovium furtivarum* не мо-

¹⁾ *Bona fides* предполагаетъ ошибку. *Bonae fidei emptor* называется только тотъ, кто не приобрѣлъ права собственности на купленную имъ вещь, а только думаетъ по извинительному заблужденію, что онъ этого достигъ.

²⁾ Вторую часть приобрѣвшаго своего рода знаменитость мѣста: „*idem in agnis dicendum, si consumpti sint*“ мы нарочно оставили въ сторонѣ, потому что не желаемъ на ней опираться наши выводы. Новѣйшая литература признаетъ вслѣдъ за Герингомъ и др. (*Jhering, Jahrb. f. Dogm.* 12, стр. 315 и сл.) эту часть за искаженную. Въ самомъ дѣлѣ, словамъ „*idem... dicendum est*“, повидимому, противорѣчить новое условіе приобрѣтенія „*si consumpti sint*“. Если для приобрѣтенія *agni* покупщикомъ требуется *consumptio*, то нельзя сказать, что они *statim emptoris fiunt*. Далѣе нельзя говорить о приобрѣтеніи собственности посредствомъ *consumptio*, потому что вещь потребленная (*res consumpta*) не существуетъ, стало быть не можетъ существовать и право собственности на нее. Поэтому Герингъ и за нимъ Момзенъ (въ своемъ изданіи пандектовъ) предлагаютъ вмѣсто „*si consumpti sint*“ читать „*si non summissit*“. Аналогично при узурфруктѣ стада право собственности узурфруктура на приплодъ зависитъ отъ *summissio*.

Но противъ такого исправленія текста справедливо возражаютъ *Huschke* (*Arch. f. d. civ. Pr.* 63 стр. 450 и сл.) и *Czyhlarz* (*der Fruchterwerb des bonae fidei possessor* въ *Glück's Commentar. Serie der Bücher* 41 и 42 стр. 576 и сл.), что въ спорномъ мѣстѣ говорится не о стадѣ, а объ „*ovēs furtivae*“ просто, и что такое исправленіе не помогаетъ дѣлу, потому что приобрѣтеніе собственности все-таки не наступаетъ *statim*, а лишь послѣ рѣшенія со стороны добросовѣстнаго владѣльца вопроса о *summissio*.

Если понимать спорное мѣсто въ томъ смыслѣ, что оно говоритъ о приобрѣтеніи плодовъ со стороны владѣльца краденыхъ овецъ, то оно

жетъ быть, слѣдовательно, и рѣчи въ обоихъ обсуждаемыхъ Павломъ случаяхъ. Въ случаѣ снятія шерсти воромъ приобрѣтеніе по давности исключено порокомъ крадености. Во второмъ случаѣ, т.-е. въ случаѣ снятія шерсти добросовѣст-

дѣйствительно негѣно и дѣлу не поможетъ никакая *emendatio*. Да и предположеніе, что компиляторы, которые все-таки были юристы, могли внести такой курьезъ въ законодательный сборникъ, не особенно вѣроятно.

Если же понимать мѣсто соотвѣтственно выше изложенному въ томъ смыслѣ, что оно говоритъ о приобрѣтеніи плодовъ третьими покупателями, а не владѣльцемъ овецъ, то оно имѣетъ разумный смыслъ и въ томъ видѣ, какъ оно помѣщено въ компиляціи.

Ниже мы докажемъ, что *consumptio* совсѣмъ не означаетъ непременно уничтоженія вещи, но также *venditio*, *in dotem datio*, *donatio* etc., какъ это высказано между прочимъ въ *Базиликахъ* (въ изданіи Heimbach'a Tom. II, pag. 705; schol. 5 Bas. 23,3. 28):

ὡς ἕσων πρὸς τὸ δύνανται κινεῖν τὸν καλῆ πίστει νορέα τήν ἰν ῥέμ και ἐκδικεῖν τοὺς καρποὺς εἴρηται τὸ δεσπόζειν και ὅτι δύνανται αὐτοὺς και δωρεῖσθαι και πωλῆσαι και ἄλλως δαπανῆσαι ὁ βόνα φίδε.

ita ut bonae fidei possessor fructuum dominus dicatur, quod eos vindicare possit et quod eos donare et vendere et aliter consumere possit.

Во фрагментѣ Павла, какъ онъ переданъ въ пандектахъ, мы должны понимать *consumptio* именно въ смыслѣ *donatio*, *venditio* etc. Въ случаѣ отчужденія ягнать владѣльцемъ краденыхъ овецъ третій приобрѣтатель не достигаетъ даже годнаго для давности владѣнія въ томъ случаѣ, если владѣльцемъ былъ воръ, и приобрѣтаетъ сразу безъ всякой давности право собственности къ томъ случаѣ, если владѣлецъ былъ *bonae fidei possessor*. Спорное мѣсто можетъ казаться страннымъ только тогда, если не освободиться отъ обычнаго представленія, связываемаго со словомъ *consumptio*. Компиляторы же и схолиасты не видѣли ничего особеннаго въ томъ, что Павелъ употребляетъ слово *consumptio* въ обширномъ смыслѣ (въ смыслѣ всякаго отчужденія). Это слово не вводитъ даже во фрагментъ неточности, потому что объ *usucapio* и *dominii acquisitio* рѣчь можетъ быть только относительно существующихъ вещей. На этомъ мы останавливаемся съ точки зрѣнія дѣйствующаго права и принциповъ его толкованія.

Напротивъ, съ точки зрѣнія исторической я позволяю себѣ высказать слѣдующую гипотезу:

Слова „*si consumpti sint*“, хотя и не портятъ смысла, все-таки не совсѣмъ удачны съ точки зрѣнія юридической эстетики. вмѣсто *consumptio* проще было говорить объ *alienatio*, *emptio-venditio* etc. Погрѣшность, вѣроятно, возникла слѣдующимъ образомъ. Въ рукописи Павла вмѣсто словъ „*si consumpti sint*“ находились слова „*si empti sint*“. По обоимъ текстамъ (по теперешнему и по рукописи Павла) весь фрагментъ имѣетъ слѣд. смыслъ: если мы купили *lana* или *agni* и узнали, что это продукты краденыхъ овецъ, то, чтобы опредѣлить наше юридическое положеніе, слѣдуетъ справиться, кто совершилъ *perceptio* этихъ плодовъ: воръ или добросовѣстный владѣ-

нымъ владѣльцемъ, *usucario* исключается тѣмъ обстоятельствомъ, что покупатель шерсти приобретаетъ сразу собственность, потому что таковымъ былъ добросовѣстный владѣлецъ овецъ.

Если мы сопоставимъ разсмотрѣнныя мѣста источниковъ, то оказывается, что важнѣйшія послѣдствія права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды послѣдовательно проведены въ рѣшеніяхъ источниковъ:

лецъ. Въ первомъ случаѣ мы не имѣемъ никакихъ правъ, ни даже владѣнія, годнаго для давности, во второмъ случаѣ мы имѣемъ право собственности. Совершенно произвольно толковать слова „*idem in agnis dicendum*“ въ томъ смыслѣ, что юристъ только часть своихъ замѣчаній о *lana* призналъ правильной и по отношенію къ *agnis*. *Idem in agnis dicendum* означаетъ, напротивъ, что все сказанное о *lana* относится и къ *agnis*. И эти плоды не могутъ быть приобретены по давности, если сдѣланы самостоятельными вещами у вора, и для нихъ не требуется и *usucario*, если они были отдѣлены отъ плодосной вещи у добросовѣстнаго владѣльца. Поэтому предложеніе *Ihering*'а (*si non summisit*) уже слѣдовало бы отвергнуть на томъ основаніи, что оно распространяетъ *idem dicendum* безъ всякаго основанія только на одно изъ положеній, относящихся къ *lana*. Къ тому же рѣчь идетъ о *furtivitas* плодовъ, причемъ *summissio* играла бы роль *deus ex machina*. Напротивъ, наше предложеніе читать „*si empti sint*“ подходитъ превосходно къ смыслу всего мѣста. Этими словами Павелъ устраняетъ возможное подозрѣніе, что онъ говоритъ о значеніи порока *furtivitas* плодовъ для вора овецъ. Слова „*si empti sint*“ указываютъ на то, что рѣчь идетъ о третьихъ покупателяхъ плодовъ. Иначе ему могли бы приписать тривиальное положеніе, что *furtivitas fructuum* устраняетъ для вора овецъ возможность *usucario* (какъ это и сдѣлала новая литература).

Слово *empti* было принято какимъ-либо переписчикомъ за сокращенное *consumpti*. Это могло очень легко случиться, если буква *e* не четко написана, если она выглядит какъ *s*.—*empti, cmpti, consumpti*. Такая ошибка со стороны переписчика остается очень вѣроятною и въ томъ случаѣ, если Павелъ слово *consumpti* обыкновенно не писалъ сокращенно или сокращалъ не посредствомъ *cmpti*. Сюда присоединяется, что и слово *consumpti* не лишаетъ мѣста разумнаго смысла.—Толкованіе этого мѣста имѣетъ свою большую литературу, ср. въ особенности комментарий *Glück*'а, VIII, стр. 281 и сл., *Кремлевъ*, Сепарация какъ способъ приобретенія собств. добр. влад., стр. 80 и сл., *Кörpen* и *Ihering* l. c. Конечно, толкованіе *Körpen*'а слѣдуетъ отвергнуть, поскольку оно опирается на теорію временной собственности (*interimistisches Eigenthum*), ср. ниже § 16. По поводу защищаемого здѣсь толкованія l. 4 § 19 cit. ср. *Leonhard*, *Zeitschr. f. RG.* 14, rom. Abth. стр. 280; что спорное мѣсто проводить послѣдствія права собственности добр. вл. на плоды, согласенъ также *Dernburg* I, § 205, N. 12 въ концѣ 4-ое и 5-ое изд.), ср. *Oertmann* въ *Grünhut's Zeitschr.* XX, стр. 579. Слишкомъ много чести предложенной выше гипотезѣ относительно „*si consumpti sint*“

1. Если вещь находится у добросовѣстнаго владѣльца, то ея собственникъ не приобрѣтаетъ права собственности на плоды.

2. Поэтому не возникаетъ закладнаго права на плоды, если вещь была заложена собственникомъ.

3. Третьи лица, покупающія плоды у добросовѣстнаго владѣльца, приобрѣтаютъ собственность. Это означаетъ само собою, что третьи лица могутъ приобрѣтать отъ добросовѣстнаго владѣльца и другія вещныя права на плоды ¹⁾.

§ 2. Юридическая природа возвращенія *fructus extantes*.

Такъ какъ добросовѣстному владѣльцу принадлежитъ право собственности на плоды, то они не могутъ быть предметомъ самостоятельной *rei vindicatio*, если еще существуютъ у добросовѣстнаго владѣльца или у его сингулярнаго преемника, ни предметомъ *condictio*, если они потреблены ²⁾.

оказываетъ Hellmann (въ своей рецензи „Fruchtvertheilung“ въ *Kritische Vierteljahresschrift*. N. F. XVII, стр. 82 и 83), который подробнѣе останавливается на моей догадкѣ относительно первоначальнаго текста l. 4 § 19 cit., нежели на многихъ дѣйствительно существенныхъ вопросахъ, и восклицаетъ: „Jedenfalls eine sehr scharfsinnige Erklärung!“ Я лично не приписываю своей догадкѣ никакого самостоятельнаго научнаго значенія и считаю даже вообще создаваніе подобныхъ гипотезъ, хотя бы онѣ сами по себѣ и были „весьма остроумны“, несоединимымъ съ серьезнымъ и дѣйствительно научнымъ направленіемъ изслѣдованія. Въ данномъ случаѣ я принужденъ былъ отступить отъ общаго принципа вслѣдствіе особыхъ обстоятельствъ. Такъ какъ другіе изслѣдователи на основаніи созданныхъ уже произвольныхъ предположеній относительно первоначальнаго текста l. 4 cit. строятъ важныя теоріи и въ частности словамъ „*si consumpti sint*“ придаютъ важное значеніе для восстановленія исторіи нашего института, то я считалъ нужнымъ указать, что ихъ теоріи не только не доказаны, но и не являются наиболѣе вѣроятными гипотезами (ср. ниже § 17).

¹⁾ Тѣ писатели, которые не признаютъ за *b. f. possessor* права собственности на плоды, пытались доказать, что по поводу плодовъ возможна особая *vindicatio* со стороны собственника и *usucapio* со стороны владѣльца. Ихъ доводы опровергли уже Waldeck (*Arch. f. civ. Pr.* 57) и Czyhlarz (cit., стр. 495 и сл. прим.). Мы согласны съ ихъ критикою и не будемъ ея здѣсь повторять. Только по поводу l. 48 § 5 D. de furt. 47,2 ср. Vangerow § 326 Anm. 2 с., гдѣ это мѣсто несомнѣнно правильно истолковано.

²⁾ По поводу этого замѣчанія о *condictio* Oertmann (*Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht. d. Gegenwart*. XX стр. 579) говорить, что онъ

Это само собою понятно и не обсуждается отдѣльно въ источникахъ, которые выражаютъ приведенныя положенія лишь косвенно, при обсужденіи юридическаго положенія недобросовѣстнаго владѣльца, противопоставляя его добросовѣстному. Именно недобросовѣстный владѣлецъ, въ противоположность добросовѣстному, *fructus suos non facit*, поэтому плоды не потребленные имъ могутъ быть предметомъ самостоятельной *rei vindicatio*, потребленные—предметомъ *condictio*.

Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneraticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciat; a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici: proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit (l. 22 § 2 D. de pign. act. 13, 7).

Этимъ признано посредствомъ *argumentum a contrario*, что упомянутые иски, *vindicatio* и *condictio*, противъ *bonae fidei possessor* невозможны. Ср. l. 3 C. de cond. ex l. 4, 9:

Mala fide possidens de proprietate victus extantibus fructibus vindicatione, consumptis vero condicione conventus horum restitutioni parere compellitur.

L. 4 § 2 C. de crim. exp. her. 9, 32: *Fructus autem rerum quas mala fide tenuit, licet expilatae hereditatis non teneatur crimine, suos non facit, sed extantes quidem vindicari, absumptos vero condici posse procul dubio est.*

Невозможность самостоятельныхъ исковъ по поводу *fructus consumpti* противъ добросовѣстнаго владѣльца высказана также въ § 35 I. de rer. div. 2,1 (*Et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.*)

не понимаетъ, изъ какой посылки я вывожу такое заключеніе („eine Behauptung, deren Schlüssigkeit wir nicht verstehen“). Въ виду этого считаю нужнымъ напомнить, что предметомъ *condictio fructuum consumptorum* могли быть по римскому праву только тѣ потребленные плоды, которые до ихъ потребления попали въ собственность *dominus rei*:

Quod ergo dici solet praedoni fructus posse condici, tunc locum habet, cum domini fructus fuerunt (l. 55 D. de cond. ind. 12, 6, ср. l. 4 § 2 C. de crim. exp. her. 9, 32, l. 22 § 2 D. de pign. act. 13, 7).

Мой уважаемый критикъ, очевидно, не обратилъ вниманія на это, впрочемъ, сравнительно мелкое положеніе и потому ему показался страннымъ мой силлогизмъ, въ которомъ высказана меньшая посылка, а большая предполагается извѣстною.

Тѣмъ не менѣе собственникъ получаетъ при *vindicatio fundi* отъ добросовѣстнаго владѣльца *fructus extantes*. Обязанность выдать наличные продукты есть, стало быть, одна изъ разныхъ *praestationes personales*, которыя связаны съ вещными исками. Хотя въ петиторной формулѣ говорится только о виндицируемой вещи, тѣмъ не менѣе *iudex* долженъ въ силу своего *officium* принять во вниманіе и плоды. *Fructus extantes veniunt in iudicium, eorum ratio habetur etc.*

§ 2 I. de officio iudicis 4, 17... *si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum.*

l. 4 § 2 D. fin. reg. 10, 1... *sed ante iudicium percepti non omni modo hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit, aut mala fide, et condici oportet.*

Ср. l. 1 § 2 D. de pign. 20, 1, гдѣ истецъ получаетъ путемъ закладнаго иска какъ *praestatio personalis fructus extantes*, которые свободны сами по себѣ отъ закладнаго права.—Точно также плоды принимаются во вниманіе „*per officium iudicis aequitatis ratione*“ и при оцѣнкѣ затратъ, сдѣланныхъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ на вещь (l. 48 D. de R. V. 6, 1; l. 65 eod.).

Formula petitoria давала судѣ достаточный просторъ. Слова: *neque ea res arbitrato tuo restituetur, quanti ea res erit... condemna*¹⁾—можно было толковать очень распространительно. *Restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere* (l. 22 D. de V. S. 50, 16).

Nam et verbum restituas, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur (l. 38 § 4 D. de usur. 22, 1).

Et ideo cum restitui praetor vult, veluti in interdicto unde vi, etiam fructus sunt restituendi (§ 5 eod.).

Этимъ, конечно, еще не объяснено гражданско-политическое основаніе, почему именно возвращаются *fructus extantes*, а не возвращаются прочіе плоды. Этимъ вопросомъ мы займемся лишь во второй части этого изслѣдованія.

Распространительное толкованіе на основаніи *officium iudicis* слова *restituere* въ петиторной формулѣ представляетъ

¹⁾ Ср. Keller, Civilprozess 528, Lenel, Ed. § 69.

только формальное, процессуальное основание, которое давало судѣ возможность связать разныя *praestationes personales* съ *restitutio* названной въ формулѣ вещи. Смотри по роду иска и обстоятельствамъ дѣла, вложили римскіе юристы массу разныхъ *praestationes* въ слово *restituere*. Руководствуясь своимъ юридическимъ инстинктомъ и чувствомъ справедливости, они самостоятельно выработали этимъ путемъ много новыхъ юр. положеній. Это поведеніе они оправдываютъ тѣмъ формальнымъ основаніемъ, что они устанавливаютъ лишь *plena significati* слова *restituere*, т.-е. истинное содержаніе воли претора ¹⁾).

§ 3. ОБЩІЯ ВЫРАЖЕНІЯ ИСТОЧНИКОВЪ ОБЪ ОТНОШЕНІИ ДОБРОСОВѢСТНАГО ВЛАДѢЛЬЦА КЪ ПЛОДАМЪ.

Установивъ на основаніи позитивнаго матеріала существо права, которое добросовѣстный владѣлецъ пріобрѣтаетъ на плоды, и существо его обязанности относительно возвращенія наличныхъ плодовъ, мы можемъ объяснить тѣ общія выраженія источниковъ, которыя играютъ огромную и съ точки зрѣнія юр. методологіи совсѣмъ неподобающую роль въ литературѣ и представляютъ опору для всевозможнѣйшихъ теорій.

Отношеніе добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ, какъ видно изъ вышеизложеннаго, проходитъ обыкновенно два фазиса. Сначала онъ пріобрѣтаетъ на нихъ право собственности, которое въ конечномъ хозяйственномъ результатѣ довольно малоцѣнно, потому что съ нимъ связано обязательство (*praestatio personalis*) возвращенія въ случаѣ *rei vindicatio*. Второй фазисъ наступаетъ съ моментомъ *consumptio*. Теперь только добросовѣстный владѣлецъ пріобрѣлъ дѣйствительное *lucrum*. Теперь только онъ и съ хозяйственной точки зрѣнія пріобрѣлъ плоды, усвоилъ ихъ. Это явленіе характеризуетъ выраженіе Африкана ²⁾): „*fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor*“. На это выраженіе опираются тѣ, которые приписываютъ добросовѣстному владѣльцу только про-

¹⁾ О вопросѣ относительно *causa rei* ср. „*Fruchtvertheilung*“, стр. 95—96.

²⁾ l. 40 D. de a. r. d. 41, 1.

визорное, временное право собственности на плоды. Приведенное выражение должно де означать, что *consumptio* „превращает провизорную собственность въ безповоротную и притомъ съ обратною силою“. Между тѣмъ *consumptio* совсѣмъ не можетъ имѣть для владѣльца значенія вещнаго приобрѣтенія, потому что она именно разрушаетъ вещную связь владѣльца съ объектомъ потребления.

На это выраженіе опираются далѣе тѣ, которые объявляютъ интерполированными всѣ мѣста источниковъ, указывающія на обязанность возвращенія *fructus extantes*. Именно *suos facit* означаетъ въ другихъ мѣстахъ приобрѣтеніе собственности. Въ выраженіи *consumptos fructus suos facit* не можетъ быть рѣчи о приобрѣтеніи собственности. „*Suos facit*“ здѣсь примѣнено неточно, стало быть, это выраженіе употребилъ не Африканъ, а компиляторы.

Нельзя не признать, что *suos facere* въ такой связи лишено своего обычнаго технического значенія. Эти слова означаютъ здѣсь *lucrum*, прибыль, которая происходитъ путемъ приобрѣтенія права собственности и послѣдующаго освобожденія отъ обязанности *restitutio*. Вслѣдствіе такого словоупотребленія все выраженіе не дѣлается неправильнымъ или сбивчивымъ, потому что нельзя думать о приобрѣтеніи права собственности путемъ *consumptio*, а только нѣсколько парадоксальнымъ. Подобныя парадоксальныя изреченія пользуются часто особою популярностью какъ въ народномъ языкѣ, такъ и въ языкѣ специалистовъ, потому что они однимъ мѣтеимъ словомъ выражаютъ то, для чего нужно было бы употребить длинныя описанія ¹⁾.

Мы оставимъ пока въ сторонѣ вопросъ объ интерполя-

¹⁾ Каждый техническій жаргонъ содержитъ въ себѣ тысячи примѣровъ указаннаго явленія. Да и въ *Corpus iuris* ихъ сколько угодно. Этого не зачѣмъ мнѣ доказывать сотнями цитатъ, потому что всякій мало-мальски знакомый съ источниками согласится со мною. Только курьеза ради напомнимъ о двухъ *regulae iuris*, которыя выражаютъ ту же общую мысль, что и рассматриваемое въ текстѣ изреченіе, и въ то же время какъ разъ по той же причинѣ заслуживаютъ строгаго выговора съ точки зрѣнія педантичной и придирающей къ словамъ критики:

Non videtur quisquam id capere, quod ei necesse est alii restituere (l. 51 D. de reg. iuris 50,17).

Quod evincitur, in bonis non est (l. 190 eod.).

За l. 51 слѣдуетъ раскритиковать Гал, а за l. 190 Цельза.

ціяхъ, но не можемъ не замѣтить о выраженіи Африкана, что его характеръ указываетъ скорѣе на введенную обычаемъ поговорку, на мѣткое и популярное слово, нежели на законодательную терминологию.

На выраженіе „*fructus consumptos suos facit*“ опираются и тѣ, которые не признаютъ права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды. Такъ какъ здѣсь *suos facere* не означаетъ приобрѣтенія права собственности, то слово *suos facit* и подобныя, употребляемая римскими юристами въ другихъ мѣстахъ, не могутъ доказывать приобрѣтенія права собственности. Такъ, Windscheid предполагаетъ, что эти выраженія реципированы юристами изъ народнаго языка, гдѣ они первоначально означали только экономическое *lucrum*.

„Правосознаніе римскаго народа опредѣляло право добросовѣстнаго владѣльца въ томъ смыслѣ, что ему по отношенію къ плодамъ принадлежитъ только *bonae fidei possessio*, какъ и по отношенію къ главной вещи, но что онъ послѣ *consumptio* освобождается отъ всякой обязанности возвращенія, такъ какъ онъ не обогатился. Оно приписывало ему, слѣдовательно, право потреблять плоды; но выраженіе, которое это право нашло въ народномъ языкѣ, состояло (такъ какъ предназначеніе плодовъ состоитъ въ потребленіи) въ томъ, что они ему принадлежатъ. Это выраженіе его права потребленія перешло въ юридическій языкъ“¹⁾.

Мы согласны съ тѣмъ, что тѣ выраженія скорѣе народнаго, нежели законодательнаго, происхожденія и что (и независимо отъ этого) они сами по себѣ еще не служатъ достовѣрнымъ доказательствомъ права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды. Поэтому мы и обратились въ § 1 къ инымъ способамъ доказыванія. Тѣмъ не менѣе мы не можемъ здѣсь не замѣтить, что выраженія *fructus suos facit, eius sunt, ad bonae fidei possessorem pertinent*—въ большинствѣ фрагментовъ несомнѣнно употребляются съ сознательнымъ и яснымъ намѣреніемъ указать на право собственности. Рѣшительное значеніе при этомъ мы приписываемъ не этимъ выраженіямъ самимъ по себѣ, потому что они могутъ имѣть различныя

¹⁾ Windscheid, Ueber das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten (въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess*, N. F. 14. стр. 121).

значенія, а той связи, изъ какой обнаруживается ихъ истинный смыслъ.

Такъ l. 25 § 1 D. de usuris 22,1 приписываетъ добросовѣстному владѣльцу то же самое право на плоды, какъ на предметы, приобретаемые чрезъ рабовъ, и то же право, какое приобретаютъ на плоды собственникъ, usufructуаръ и эмфитевта:

In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi: an Titius bonae fidei emptor perceptos fructus suos faciat? respondi, quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis adquirent, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur, aspicitur. et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fieret. porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simulatque solo separati sunt.

Такое же сопоставленіе съ usufructуаромъ находимъ въ l. 13 D. quib. mod. 7,4 (fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox quam a solo separati sint) и въ l. 28 D. de usuris 22,1, гдѣ также говорится, что дѣти рабыни принадлежать собственнику, а не usufructуару и не добросовѣстному владѣльцу матери, потому что они не относятся къ плодамъ:

In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet.

Въ l. 48 pr. D. de a. r. d. 41,1 сравнивается право добросовѣстнаго владѣльца съ правомъ собственника вещи на плоды:

Idem (Paulus) libro septimo ad Plautium. Bonae fidei

emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt.

§ 35. I. de rer div. обсуждаетъ приобрѣтеніе плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ между способами приобрѣтенія собственности.

Изъ приведенныхъ мѣстъ несомнѣнно явствуетъ, что римскіе юристы и Юстиніанъ (его редакціонная коммиссія), считали право добросовѣстнаго владѣльца на плоды правомъ собственности, а не только правомъ потребления, а что такое ихъ теоретическое воззрѣніе соотвѣтствуетъ и положительному праву, мы уже доказали выше (§ 1).

В. Условія приобрѣтенія плодовъ.

Предварительное замѣчаніе.

На теорію приобрѣтенія плодовъ при bonae fidei possessio имѣло большое вліяніе ученіе объ usucariō и притомъ не только въ прежней и новѣйшей романистической литературѣ, но отчасти также и въ римской юриспруденціи. Отношеніе добросовѣстнаго владѣльца къ доходамъ сопоставляли и сопоставляютъ съ *condicio usucariendi* главной вещи.

При этомъ замѣчаютъ странное явленіе, что при usucariō по римскому праву mala fides superveniens non nocet, при приобрѣтеніи плодовъ nocet. Это явленіе до сихъ поръ еще не объяснено. Также страннымъ кажется и другое различіе, а именно, что приобрѣтеніе плодовъ возможно и при такихъ плодоносныхъ вещахъ, которыя не подлежатъ давности. Зато другія условія usucariō переносятъ и на приобрѣтеніе плодовъ. Обыкновенно требуютъ, чтобы добросовѣстный владѣлецъ имѣлъ *titulus*, владѣніе въ видѣ собственности и соотвѣтственную bona fides относительно главной вещи.

Объ этихъ условіяхъ источники по большей части ничего не говорятъ. Отсюда возникли великія контрoверзы. Мы попытаемся показать, что приобрѣтеніе плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ юридически не имѣетъ ничего общаго съ *condicio*

usucapiendi, что, по нашему мнѣнію, весьма важно, какъ съ теоретической, такъ и практической точки зрѣнія, и безъ чего невозможно истинное пониманіе института.

§ 4. 1. Титуль.

Считается весьма спорнымъ вопросъ, требуется ли для приобрѣтенія плодовъ при *bonae fidei possessio* такой же титуль, какъ при *usucapio*, или достаточно *bona fides*. Тѣ, которые доказываютъ необходимость титула, какъ въ новѣйшее время Көрпен ¹⁾, Waldeck ²⁾, ссылаются на то, что источники говорятъ обмененно *bonae fidei emptor*, если же въ иныхъ мѣстахъ говорится о приобрѣтеніи плодовъ со стороны *b. f. possessor*, то подъ этимъ разумѣется лишь титулованный владѣлецъ. Именно только таковой называется, по мнѣнію Вальдека, *bonae fidei possessor* въ отличіе отъ *bona fide possessor*. Въ пользу этого говорить и то, что только титулованному добросовѣстному владѣльцу принадлежитъ „фигурная собственность“, на которой основывается приобрѣтеніе плодовъ ³⁾. Чиляржъ (стр. 602 и сл.) справедливо отвергаетъ эти доводы, потому что различіе между *bonae fidei* и *bona fide possessor* и понятіе фиктивной собственности въ примѣненіи къ добросовѣстному владѣльцу чужды источникамъ.

Далѣе, понятіе фиктивной собственности само есть только обобщеніе, которое должно обнимать послѣдствія добросовѣстнаго владѣнія и не можетъ служить основаніемъ для обратнаго вывода такихъ послѣдствій, которыя не указаны въ источникахъ.

Къ этимъ основательнымъ возраженіямъ можно прибавить

¹⁾ Л. с. стр. 99.

²⁾ Л. с. стр. 324 и сл.

³⁾ Подробныя доказательства приводитъ въ пользу различія между титулованными добросовѣстными владѣльцами и владѣльцами безъ титула въ классическомъ правѣ Карлова, *Römische Rechtsgeschichte* II B. 1-te Abth. стр. 420 и сл. (эта книга появилась въ 1892 г. почти одновременно съ моею „Fruchtvertheilung“). Но его „доказательства“ состоятъ во внесеніи въ мѣста источниковъ произвольныхъ предположеній и въ подозрѣніяхъ, что текстъ прежде соответствовалъ теоріи Карлова, но потомъ дѣло испортили компиляторы.

еще и то соображеніе, что встрѣчающееся въ большинствѣ мѣсть выраженіе *bonae fidei emptor* ничего не доказываетъ, потому что доказываетъ слишкомъ много. Изъ него слѣдовало бы заключить, что не только требуется титулъ, но и не всякій титулъ добросовѣтнаго владѣнія достаточенъ для приобрѣтенія плодовъ, а лишь купля.

Чиляржъ думаетъ, что для приобрѣтенія плодовъ достаточно *bona fides*, потому что приобрѣтеніе плодовъ есть награда (*Begünstigung*) за добросовѣтность. Добросовѣтный владѣлецъ потому приобрѣтаетъ плоды, что добросовѣстно считаетъ себя собственникомъ, слѣдовательно значеніе можетъ имѣть только *bona fides*, а не *titulus*. Въ пользу этого говорить и *l. 48 § 1 D. de acquir. rer. dom. 41, 1*, гдѣ Павелъ замѣчаетъ, что *bona* или *mala fides* только *ad factum pertinere*. Далѣе въ мѣстахъ, обсуждающихъ аналогичное приобрѣтеніе чрезъ рабовъ, не говорится о необходимости титула.

И доводы Чиляржа не даютъ положительныхъ результатовъ. Въ самомъ дѣлѣ, если Чиляржъ утверждаетъ, что приобрѣтеніе плодовъ есть награда за добросовѣстное владѣніе, то противники могутъ сказать, что не за всякое добросовѣстное владѣніе, а только за основанное на законномъ способѣ приобрѣтенія.

Далѣе, *l. 48 cit.* не имѣетъ никакого значенія для нашего вопроса, потому что тамъ идетъ рѣчь о послѣдствіяхъ такъ называемой *mala fides superveniens*, причемъ въ конкретномъ случаѣ предполагается, что владѣніе опирается на *iustus titulus* (ср. ниже стр. 21 и сл.).

Вообще изъ доводовъ за и противъ титула можно только заключить, что источники не обсуждаютъ нашего вопроса.

И это не удивительно. Весь споръ, по нашему мнѣнію, основанъ на недоразумѣніи. Для всякаго приобрѣтенія собственности необходимъ титулъ, точно также и для приобрѣтенія плодовъ. Но титула приобрѣтенія плодовъ нельзя смѣшивать съ титуломъ приобрѣтенія плодоносной вещи. Плодъ есть самостоятельная вещь и для приобрѣтенія ея необходимъ особый титулъ. Въ случаѣ добросовѣтнаго владѣнія титуломъ является отдѣленіе плода отъ плодоносной вещи во время *b. f. possessio* ¹⁾. Требовать еще титула для *bonae*

¹⁾ Ср. ниже стр. 19. Здѣсь та особенность, что для титула не требуется юридической сдѣлки (самый обыкновенный титулъ, напр., *pro emptore*,

fidei possessio плодоносной вещи означало бы требовать двух титуловъ для приобрѣтенія плодовъ, а иногда и цѣлаго ряда титуловъ, напр., въ случаѣ нѣсколькихъ поколѣній животныхъ. Такихъ условій приобрѣтенія собственности не встрѣчаемъ въ гражданскомъ правѣ, иначе были бы споры и процессы безъ конца.

Чтобы избѣжать такого явленія, римское право и въ требованіи одного титула не особенно строго:

Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus (possideamus!) constituta est, ut aliquis litium finis esset (l. 5 D. pro suo 41, 10).

Техническое названіе для титула приобрѣтенія владѣнія и собственности на плоды есть *pro suo* (resp. *pro meo, pro nostro* etc.).

Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum: Est species possessionis quae vocatur pro suo: hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra coelo capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. item quae ex rebus alieno (alio) nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emptae ancillae, pro nostro possidemus: similiter fructus rei emptae aut donatae aut quae in hereditate inventa est (l. 2 D. pro suo 41, 10).

Ср. съ этимъ мѣстомъ l. 3 § 21 D. de a. p. 41,2 (*pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus*), гдѣ также приобрѣтенію путемъ *specificatio* приписывается титулъ *pro suo*.

Это правильное и съ точки зрѣнія гражданской политики очень важное положеніе о самостоятельномъ титулѣ приобрѣтенія продуктовъ, повидимому, признано и послѣдовательно проведено лишь въ послѣднее время классической юриспруденціи.

Такъ Юліанъ еще не различаетъ титула приобрѣтенія по давности *partus* отъ титула приобрѣтенія рабыни (ср. l. 9. 10. D. 41,4).

Какія вредныя послѣдствія такая теорія влекла бы за собою въ приложеніи къ *specificatio* или къ приобрѣтенію пло-
pro donato) и даже юридическаго дѣйствія (какъ, напр., при *titulus pro derelicto* въ случаѣ *occupatio*, *titulus pro suo* въ случаѣ *specificatio*), а достаточно юр. факта *separatio*.

довъ, ясно безъ особыхъ разсужденій. Если бы при *specificatio* необходимо было доказывать титулъ приобрѣтенія матеріала, то институтъ потерялъ бы въ значительной части свое гражданско-политическое значеніе.

Теперь мы понимаемъ, почему источники въ ученіи о приобрѣтеніи плодовъ не упоминаютъ ни однимъ словомъ о титулѣ приобрѣтенія владѣнія плодоносною вещью. Чтобы устранить всякія затрудненія и сомнѣнія въ этой области, существуетъ титулъ *pro suo*. Всѣ новыя теоріи, которыя основываются на различіи между титулованнымъ и нетитулованнымъ владѣльцемъ плодоносной вещи или на другихъ различіяхъ въ титулѣ (*b. f. p. ex titulo lucrativo, oneroso etc.* Ср., напр., Jhering въ приведенной статьѣ) должны быть отвергнуты принципиально. Онѣ противно источникамъ уничтожаютъ значеніе удачнаго изобрѣтенія римской юриспруденціи—титула *pro suo* ¹⁾.

§ 5. 2. *Res habilis.*

Изъ самостоятельности плодовъ и ихъ приобрѣтенія слѣдуетъ, что и другія условія *condicio usucapiendi* главной вещи не имѣютъ никакого юридическаго значенія для приобрѣтенія плодовъ. Въ частности безразлично, годна ли плодоносная вещь для приобрѣтенія по давности или нѣтъ. Главная вещь можетъ быть изъята отъ давности, все равно, ея плодъ есть новая вещь, которая свободна отъ *vitium* плодоносной вещи.

Nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori (l. 48 pr. D. de a. r. d. 41, 1); *is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit* (l. 48 § 1 eod.).

¹⁾ Большое значеніе приписываетъ изложеннымъ здѣсь указаніямъ относительно титула *Dernburg* въ новомъ изданіи своего учебника. Въ титулѣ *pro suo* онъ совершенно справедливо видитъ доказательство и болѣе общаго и принципиальнаго положенія, относящагося къ общему ученію о плодахъ, а именно, что *fructus* есть юридически самостоятельныя вещи, правовыя свойства и положеніе которыхъ вообще независимы отъ свойствъ и положенія капитальной вещи (*Pand. I, § 78, пр. 19*); ср. *Hellmann l. c. стр. 84. Oertmann l. c. стр. 579.*

Существуетъ, впрочемъ, одно положительное ограниченіе этого начала относительно плодовъ *rei furtivae*. Объ этомъ мы будемъ говорить впоследствии въ „Ученіи о доходахъ“ (Ср. l. 4 § 19 D. de usurp. 41,3).

§ 6. 3. *Bona fides*.

Изъ независимости приобрѣтенія плодовъ отъ приобрѣтенія давностнаго владѣнія плодоносящею вещью слѣдуетъ далѣе, что *bona fides*, требуемая для приобрѣтенія плодовъ, независима отъ *bona fides*, требуемой для приобрѣтенія главной вещи. Фактически одно и то же психическое состояніе обыкновенно производитъ обѣ *bona fides*, потому что, кто знаетъ, что плодоносящая вещь чужая, тотъ не можетъ думать, что приобрѣтаетъ плоды *pro suo* (l. 4 D. *pro suo*). Вслѣдствіе этого литература отождествляетъ эти два явленія и считаетъ особенностью то постановленіе римскаго права, что для приобрѣтенія по давности *mala fides superveniens non nocet*, напротивъ для приобрѣтенія плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ — *nocet*. Отъ этой ошибки не свободны и римскіе юристы; отсюда ихъ явно неудачныя попытки объяснить различное обсужденіе приобрѣтенія плодовъ и приобрѣтенія плодоносящей вещи по давности.

Paulus libro septimo ad Plautium: In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat: hoc enim ad ius, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut male fide possideat: nec contrarium est, quod longum tempus currit, nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit (l. 48 § 1 D. de a. r. d. 41, 1).

Очевидно объясненіе неудовлетворительное, и при томъ въ немъ логическая ошибка: *Ad factum* и *ad ius pertinere* взято въ первомъ случаѣ въ иномъ значеніи, нежели во второмъ. *Ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat* одинаково относится и къ давностному владѣнію и къ приобрѣтенію плодовъ, потому что психическія состоянія зависятъ отъ фактовъ (причина *bonae fidei*). *Ad ius pertinere* одина-

ково относится и къ давностному владѣнію, и къ приобрѣтенію плодовъ, потому что и въ приобрѣтеніи плодовъ *bona fides* влечетъ за собою юридическія слѣдствія (послѣдствія *bonae fidei*). Различіе двухъ случаевъ именно состоитъ въ томъ, что юридическое значеніе *mala fides superveniens* въ обоихъ случаяхъ обсуждается различно: это требовалось объяснить¹⁾. Юристъ самъ чувствуетъ, что ничего не объяснилъ, поэтому обращается къ аналогіи и замѣчаетъ, что и *vitium rei* различно обсуждается при *usucapio* и при приобрѣтеніи плодовъ. И это ничего не объясняетъ, потому что различное значеніе *vitium rei* само требуетъ объясненія.

Всѣ эти трудности возникаютъ изъ ошибочнаго представленія, будто *mala fides superveniens* не мѣшаетъ приобрѣтенію по давности и мѣшаетъ приобрѣтенію плодовъ. Правильнѣе такъ формулировать: въ обоихъ случаяхъ *mala fides superveniens* не мѣшаетъ приобрѣтенію собственности, но въ обоихъ случаяхъ въ началѣ владѣнія требуется *bona fides*. Для приобрѣтенія плода, какъ и каждой вещи, требуется *bona fides* въ моментъ начала владѣнія этой вещью. *Mala fides superveniens* послѣ этого момента не вредитъ для приобрѣтенія плода; конечно, потому что плодъ уже приобрѣтенъ. Поэтому, если точно выражаться, то и *mala fides superveniens* можетъ быть лишь *putativa*, если владѣлецъ не знаетъ, что, несмотря на то, что плодоносная вещь чужая, ея плоды уже принадлежатъ ему. Что же касается *mala fides superveniens* относительно владѣнія главною вещью, то она лишь есть причина, почему не можетъ возникнуть *bona fides originaria* от-

¹⁾ Противъ этихъ критическихъ замѣчаній защищаетъ фрагментъ Pernice, *Labro* II. В. 1-te Abth. 2-te Aufl., стр. 453 текстъ и прим. 3, находя, что я Помпонія „слишкомъ абстрактно“ понимаю. По мнѣнію Pernice, фрагментъ выражаетъ слѣдующее: Одинъ вопросъ относится къ юридическому институту, другой есть *quaestio facti*, есть ли кто *in mala* или *in bona fide*? (прим. 3). А въ текстѣ (eod.) авторъ даже выражаетъ одобрение Помпонію: „Никто такъ ясно, какъ Помпоній, не отмѣтилъ разницы между основаннымъ на правѣ приобрѣтеніемъ по давности и приобрѣтеніемъ плодовъ, только фактически обусловленнымъ существованіемъ *bona fides*“. Но мнѣ кажется, что здѣсь Pernice именно повторяетъ ошибку Помпонія, понималъ его въ то же время такъ же, какъ и я. И по поводу этого замѣчанія знаменитаго романиста мы можемъ возразить: такой разницы между *usucapere* и *in. suos facere* нѣтъ: оба есть юридическіе институты и основаны на правѣ и оба требуютъ извѣстныхъ фактическихъ условій примѣненія.

носительно плодовъ, отдѣляющихся послѣ этого момента отъ главной вещи; она мѣшаетъ возникновенію титула *pro suo*, который есть комбинація титула въ обыкновенномъ смыслѣ и *bona fides*.

Только это значеніе имѣетъ *bona* и *mala fides*, относящаяся къ владѣнію плодоносною вещью, для приобрѣтенія плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Гдѣ *bona fides*, оправдывающая владѣніе плодоносною вещью, не можетъ быть причиною *bona fides* для приобрѣтенія плодовъ, тамъ *bonae fidei possessor* не можетъ приобрѣтать плодовъ. Отсюда слѣдствіе: добросовѣстный владѣлецъ *nudae proprietatis*, т.-е. тотъ, кто ошибочно думаетъ, что ему принадлежитъ собственность вещи безъ права извлеченія плодовъ, не приобрѣтаетъ послѣднихъ. Прямого указанія источниковъ въ пользу этого положенія мы привести не можемъ, но оно уже *implicite* заключено въ понятіи титула *pro suo* (*arg. l. 4 D. pro suo*). Иначе тотъ, кто не ошибается по крайней мѣрѣ въ томъ, что плоды принадлежатъ не ему, владѣль бы ими не *pro suo*, а смотря по обстоятельствамъ *clam, pro possessore* или вообще незаконнымъ образомъ.

Наконецъ, изъ самостоятельности титула и *fides* при приобрѣтеніи плодовъ еще одно слѣдствіе: для приобрѣтенія собственности на плоды не требуется путативная собственность на плодоносную вещь. И *bona fides* и *titulus pro suo* будутъ и тогда на лицо, если добросовѣстный владѣлецъ ошибочно считаетъ себя узупруктуаромъ, эмфитевтою, узупаромъ и т. д. Насколько это послѣдствіе проведено въ источникахъ, рассмотримъ въ особомъ параграфѣ (§ 7); теперь въ заключеніе остается показать, что выше отвергнутое смѣшеніе понятій повело за собою и болѣе серьезныя послѣдствія, нежели неясныя общія выраженія и необъяснимость различія условій *ususarіo* и приобрѣтенія плодовъ.

Сюда, напр., относится встрѣчающееся въ новой литературѣ сообщеніе послѣдующей недобросовѣстности относительно главной вещи обратнаго дѣйствія для приобрѣтенныхъ плодовъ ¹⁾.

Сюда, далѣе, относится противоположная крайность, вы-

¹⁾ Ср. напр., Marezoll въ *Giess. Zeitschr.* XVIII, стр. 240 и сл., Көрпен, стр. 83 сл.; противъ этого ср. Waldeck, *cit.*, стр. 315 сл., Czychlarz, стр. 605.

сказанная римскимъ юристомъ Юліаномъ, хотя и отвергнутая большинствомъ другихъ. Именно Юліанъ думаетъ, что приобрѣтеніе плодовъ не прекращается съ того момента, когда добросовѣстный владѣлецъ узналъ, что плодоносная вещь принадлежитъ другому, а лишь съ момента, когда у него эвинцируетъ вещь ея собственникъ: l. 25 § 2 D. de usuris 22, 1:

Bonae fidei emptor sevit et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. respondi: bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intellegi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit: nam et servus alienus quem bona fide emero tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis adquiret, quamdiu a me evictus non fuerit (l. 25 § 2 D. de usur. 22, 1).

Стало быть, по мнѣнію Юліана, *condicio usucapiendi* и приобрѣтеніе плодовъ образуютъ двѣ параллельныя длящіяся функціи приобрѣтенія *bona fide* владѣнія плодоносною вещью. Это какъ бы параллельныя состоянія, которыя прекращаетъ лишь *evictio* (даже не *litis contestatio*).

Во времени Павла и Ульпіана мнѣніе Помпонія было уже признано, какъ болѣе правильное. Ср. l. 48 § 1 D. de a. r. d. cit. (Paulus); l. 23 § 1 eod. (Ulpianus):

Tamdiu autem acquirit, quamdiu bona fide servit. ceterum si coeperit scire esse eum alienum vel liberum, videamus, an ei acquirit. quaestio in eo est, utrum initium spectamus an singula momenta: et magis est, ut singula momenta spectemus.

И такъ, приобрѣтеніе плодовъ не есть длящееся состояніе, а рядъ самостоятельныхъ актовъ, изъ коихъ каждый требуетъ *bona fides*.

§ 7. 4. Possessio.

Какіе добросовѣстные владѣльцы приобрѣтаютъ плоды, только ли тѣ, которые думаютъ, что имъ принадлежитъ право собственности (владѣльцы въ видѣ собственности), или также тѣ, которые думаютъ, что имъ принадлежитъ *узифруктъ*, *эмфитевзисъ*, *usus* и т. д. (*iuris quasi possessores*, путативные *узифруктуары* и т. д.). Сзыларз (стр. 599 и сл.) рѣшаетъ этотъ вопросъ ограниченительно, но, по нашему мнѣнію, противно источникамъ ¹⁾ и принципіальнымъ соображеніямъ. Даже съ

¹⁾ Ср. Коррен, стр. 97 и сл.

точки зрѣнія Чиляржа, который считаетъ приобрѣтеніе плодовъ наградою за bona fides и только за bona fides и на этомъ основаніи отрицаетъ необходимость титула (ср. выше, стр. 18), послѣдовательно было бы предоставить плоды всякому добросовѣстному владѣльцу—и тому, напр., который ошибочно приписываетъ себѣ эмфитевзисъ. Выше мы видѣли, что природа приобрѣтенія плодовъ и особенно самостоятельнаго титула pro suo тоже говоритъ въ пользу такого распространенія правила. Ниже мы убѣдимся въ гражданско-политической неосновательности ограниченія нашего института случаями владѣнія въ видѣ собственности. Теперь мы только укажемъ на рѣшенія источниковъ, впрочемъ не многочисленныя, потому что ученіе о iuris quasi possessio, а тѣмъ болѣе путативной, находится въ классическомъ правѣ въ зачаточномъ состояніи.

Сюда прежде всего относится l. 54 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 (Modestinus):

Non solum si eos (scil. qui bona fide nobis serviunt) emerimus, sed etiam si donati fuerint nobis aut ex dotis nomine aut ex legati pertinere ad nos coeperunt aut ex hereditate, idem praestabunt: nec solum si nostros putaverimus, sed et si communes aut fructuarios, ut tamen, quod adquisituri non essent, si re vera communes aut usuarii essent, id hodieque non adquirant.

Здѣсь не только признано приобрѣтеніе путативнаго узупруктуара или узуара, но даже, что для насъ важно, указано, что эти приобрѣтенія обсуждаются по такимъ же правиламъ, какъ приобрѣтенія чрезъ рабовъ, на которыхъ имѣемъ дѣйствительный узупруктъ или usus. Если сопоставимъ это мѣсто съ l. 40. D. de a. r. d. 41, 1, гдѣ говорится: quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius ei adquiratur,—то окажется, что высказанное въ l. 54 § 3 cit. правило относится и къ прочимъ вещамъ, состоящимъ въ путативномъ usus fructus или usus. Если противъ этого Чиляржъ возражаетъ, что такимъ образомъ мы бы дали больше правъ путативному узупруктуару участка, нежели дѣйствительному, который приобрѣтаетъ лишь съ момента perceptio, то на это слѣдуетъ отвѣтить: конечно, путативный узупруктуаръ приобрѣтаетъ плоды не съ момента separatio,

какъ путативный собственникъ, а лишь съ момента perceptio (ср. приведенныя выше мѣста). Только съ этого момента возникаетъ у него самостоятельный titulus pro suo и самостоятельная bona fides. Тотъ, кто себя считаетъ узупруктуаромъ, приобретаетъ добросовѣстный animus domini относительно плода лишь съ момента perceptio ¹⁾. До этого времени онъ думаетъ, что плодъ ему не принадлежитъ. Точно также изъ существа bona fides и titulus pro suo можемъ послѣдовательно вывести правила для приобретенія плодовъ путативнымъ эмфитевою и т. д. Путативный эмфитевта не будетъ in mala fide, если возьметъ animus domini уже съ момента separatio и т. д. Во всякомъ случаѣ всѣ iuris quasi possessores находятся въ худшемъ положеніи, нежели дѣйствительные управомоченные, потому что приобретаютъ плоды не легче, чѣмъ послѣдніе, и обязаны возвращать fructus extantes въ случаѣ соотвѣтственной in rem actio.

Правила возвращенія тѣ же, какъ и при владѣннн въ видѣ собственности. l. 4 § 2. D. finium regundorum 10,1:

Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio, nam et culpa et dolus exinde praestantur: sed ante iudicium percepti non omnimodo hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit, aut mala fide, et condici oportet.

Сопоставивъ съ этимъ мѣстомъ ²⁾ l. 4 § 9 eod.:

Finium regundorum actio et in agris vectigalibus et inter eos qui usum fructum habent vel fructuarium et dominum proprietatis vicini fundi et inter eos qui iure pignoris possident competere potest,

найдемъ, что перечисленныя здѣсь лица, въ случаѣ, если ихъ право на часть участка окажется лишь путативнымъ, должны точно также возвращать плоды, какъ и владѣющій

¹⁾ Что примѣненіе нашего института ограничивается случаями владѣннн въ видѣ собственности и что соотвѣтственно этому здѣсь можетъ быть рѣчь только о приобретеннн посредствомъ separatio, это двѣ принципиальныя ошибки, которыя повторяются почти всегда, когда говорится о нашемъ институтѣ въ цивилистической литературѣ. Эти ошибки подчасъ воплощаются уже въ самомъ заглавіи сочиненій, посвященныхъ нашему вопросу (ср., напр., заглавіе докторской диссертацин Н. Кремлева: „Сепарация какъ способъ приобретенія собственности добросовѣстнымъ владѣльцемъ по классическому римскому праву“).

²⁾ Ср. Кӧppen, cit., стр. 99, пр. 222.

animo domini, т.-е. *fructus bona fide percepti et ante iudicium acceptum consumpti* остаются *lucrum bonae fidei possessoris* или *iuris quasi possessoris*.

Въ заключение остается здѣсь еще рѣшить вопросъ, требуется ли для приобрѣтенія плодовъ путативное вещное право или, можетъ быть, слѣдуетъ распространить приобрѣтеніе плодовъ и на тѣхъ, которые *bona fide* приписываютъ себѣ право на извлеченіе плодовъ обязательственнаго характера, напр., на путативнаго арендатора, покупателя плодовъ и т. д. Источники не рѣшаютъ этого вопроса. Съ нашей точки зрѣнія на приобрѣтеніе плодовъ, какъ на рядъ самостоятельныхъ актовъ, имѣющихъ свой отдѣльный титулъ и свою отдѣльную *fides*, отвѣтъ найти не трудно. Кто считаетъ себя покупщикомъ, арендаторомъ и т. п., тотъ думаетъ, что собранные плоды принадлежатъ ему не *pro suo*, а *pro emptore*, *pro conductore* etc. Но это производные способы приобрѣтенія, для которыхъ требуется *traditio* (хотя бы въ самой общей и пассивной формѣ); а гдѣ нѣтъ *traditio*, тамъ *reperceptio* даетъ только владѣніе *ex titulo putativo*.

С. Условія освобожденія отъ обязанности возвращать плоды.

§ 8. 1. *Consumptio*.

До сихъ поръ мы разсматривали вопросъ, когда добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ право собственности на плоды; мы были въ области вещнаго права.

Теперь остается обсудить другую сторону института, обязательственную, а именно вопросъ, когда добросовѣстный владѣлецъ обязанъ возвращать плоды въ случаѣ вещнаго иска и когда не обязанъ.

Добросовѣстный владѣлецъ не обязанъ возвращать плодовъ, если онъ ихъ потребилъ: *b. f. p. fructus consumptos suos facit*.

Что слѣдуетъ разумѣть подъ терминомъ *consumptio*? Всѣ согласны, что слово *consumptio* не означаетъ только потребленія въ тѣсномъ смыслѣ, что сюда относится всякое физическое уничтоженіе, произошло ли оно въ цѣляхъ потребленія

или отъ другихъ причинъ. Споренъ здѣсь другой вопросъ, а именно: слѣдуетъ ли подводить подъ понятіе *consumptio* и отчужденіе плодовъ или только уничтоженіе въ физическомъ смыслѣ. Большинство писателей ¹⁾ понимаетъ *consumptio* въ обширномъ смыслѣ и ссылается на мѣста источниковъ, гдѣ отчужденіе подведено подъ понятіе *consumptio* (напр., I. 3 § 3 D. de act. r. am. 25,2); въ частности отчужденіе денегъ названо источниками *consumptio* (I. 19 § 1 D. de reb. cr. 12,1). Другіе полагаютъ, что *consumptio* наступаетъ лишь тогда, если плоды не находятся болѣе въ имуществѣ добросовѣстнаго владѣльца ни *in natura*, ни въ видѣ эквивалента, такъ что вырученная за плоды сумма тоже относится къ подлежащимъ возвращенію *fructus extantes*. Это мнѣніе имѣетъ авторитетнаго защитника въ лицѣ Виндшейда (P. I § 186 пр. 16). Онъ тоже ссылается въ пользу своего мнѣнія на источники. И въ самомъ дѣлѣ, источники употребляютъ слово *consumptio* и въ такомъ смыслѣ, какой ему приписываетъ Виндшейдъ (ср. I. 41 § 1 D. de lib. causa 40,12; I. 6 § 3 C. de sec. nupt. 5,9), даже относительно денегъ (I. 24 § 4 D. de min. 4,4; I. 23 пр., 25 § 1 D. de her. pet. 5, 3) ²⁾.

Несомнѣнно, источники употребляютъ выраженіе *consumptio* въ обоихъ значеніяхъ. Поэтому вопросъ о значеніи различія между *fr. extantes* и *consumpti* остается безъ научнаго рѣшенія, хотя большинство голосовъ противъ теоріи Виндшейда. Между тѣмъ этотъ вопросъ и теоретически, и практически одинъ изъ важнѣйшихъ и существеннѣйшихъ въ нашемъ институтѣ. Мы не можемъ сказать, что знаемъ институтъ, пока нѣтъ научнаго рѣшенія вопроса, что владѣлецъ долженъ

¹⁾ Ср. Göppert, стр. 355, пр. 24; Ihering, Jahrb. XII, стр. 318 и сл.; Waldeck, стр. 328 и сл.; Czuhlarsz, стр. 515 пр.

²⁾ Доводы Чиларжа I. с. не опровергаютъ мнѣнія Виндшейда. Понятіе *consumptio*, которое защищаетъ Виндшейдъ, не освобождаетъ недобросовѣстнаго владѣльца отъ обыкновенной отвѣтственности (такъ что оставалась бы только чрезвычайная *rei vindicatio, quod dolo malo etc.*), а, напротивъ, усиливаетъ его обыкновенную отвѣтственность и устанавливаетъ болѣе строгія условія для освобожденія добросовѣстнаго владѣльца отъ отвѣтственности. Точно также несостоятельны и возраженія Геперта (стр. 355, пр. 24). То обстоятельство, что плоды обыкновенно употребляются на издержки жизни, не доказываетъ, что добросовѣстный владѣлецъ не обязанъ возвратить той части эквивалента, которую онъ еще не потребилъ.

возвратить собственнику, что означает положение *b. f. p. fructus consumptos suos facit.*

Если рѣшать вопросъ по вышеприведенному методу, то онъ останется навсегда загадкою. По большинству мѣсть источниковъ его рѣшать нельзя, ибо возможно, что именно въ нашемъ институтѣ правильно болѣе рѣдкое значеніе слова *consumptio*.

Мы должны поискать болѣе научнаго, болѣе достовѣрнаго рѣшенія и для этой цѣли оставить изслѣдованіе значенія выраженія *bona consumpta, pecunia consumpta* и т. д., а обратиться къ слѣд. простому приему:

Предположимъ, что понятіе *fr. extantes* обнимаетъ и эквивалентъ за отчужденные плоды. Тогда на основаніи *l. 22 § 2 D. de pign. act. 13,7, l. 3 C. de cond. ex l. 4, 9, l. 4 § 2 C. de crim. exp. her. 9, 32* (ср. выше стр. 10) и другихъ мѣсть, которыя собственнику даютъ *vindicatio fructuum extantium* противъ недобросовѣстнаго владѣльца, слѣдуетъ, что собственникъ можетъ виндигировать у недобросовѣстнаго владѣльца эквивалентъ за отчужденные плоды. Но этотъ выводъ представляетъ юр. абсурдъ. Если *malae fidei possessor* отчуждаетъ плоды и получаетъ за нихъ эквивалентъ, то онъ по *traditio* приобрѣтаетъ право собственности на этотъ эквивалентъ, поскольку покупатель плодовъ былъ собственникомъ переданныхъ *nummi*. Во всякомъ случаѣ собственникъ вещи, плоды которой продаетъ *m. f. possessor*, не приобрѣтаетъ права собственности на переданный владѣльцу эквивалентъ. Стало бытъ, онъ не можетъ никоимъ образомъ обосновать по поводу эквивалента *vindicatio fructuum extantium*. Слѣдовательно, та посылка, изъ которой слѣдуетъ возможность такой *vindicatio*, неправильна. Понятіе *fr. extantes* никоимъ образомъ не можетъ обнимать эквивалентъ за проданные плоды. Подъ *fr. extantes* мы можемъ понимать только то, что можетъ быть предметомъ *vindicatio fr. extantium* противъ *m. f. possessor*, т.-е. только продукты *in natura*, которые дѣйствительно съ момента *separatio* подпадаютъ праву собственности собственника плодоносной вещи, а отнюдь не эквивалентъ за эти плоды, котораго собственникъ вещи никогда въ собственность не приобрѣтъ.

А такъ какъ добросовѣстный владѣлецъ возвращаетъ

fr. extantes, то вопросъ ясно и достовѣрно рѣшенъ въ томъ смыслѣ, что онъ возвращаетъ только продукты *in natura*, а отнюдь не вырученный за нихъ эквивалентъ ¹⁾.

§ 9. 2. Требуется ли *bona fides* въ моментъ *consumptio*?

Источники не занимаютъ этимъ вопросомъ. Это кажется Чиляржу (стр. 523) страннымъ, такъ какъ *consumptio* въ нашемъ институтѣ имѣетъ рѣшающее значеніе. Этимъ обстоятельствомъ онъ пользуется для историческихъ выводовъ, а съ догматической точки зрѣнія онъ склоняется къ утвердительному отвѣту на поставленный вопросъ, хотя его основанія отличаются неясностью и неопредѣленностью... „лишь на основаніи всей природы предоставленной добросовѣстному владѣльцу выгоды (*Concession*) можно заключить, что и *consumere* должно произойти *bona fide!*“ Вѣроятно, авторъ имѣетъ здѣсь въ виду, что такъ какъ права добросовѣстнаго владѣльца предоставлены ему какъ особое преимущество за его добросовѣстность, то онъ долженъ быть достойнымъ снисхожденія во все время и въ частности и во время *consumptio*.

Что же касается нашего мнѣнія по этому вопросу, то мы должны возражать противъ самой постановки вопроса. При обсужденіи освобождающаго дѣйствія *consumptio* слѣдуетъ говорить не о *bona* или *mala fides* владѣнія, а о *dolus, culpa* и *casus*. Обязанность возвращать *fructus extantes* есть обязательственное отношеніе и должна подчиняться правиламъ обязательствъ. Должникъ не можетъ освободиться отъ обязательства путемъ *dolus* или *culpa*. Съ другой стороны, онъ не отвѣчаетъ за *casus*. Поэтому случайная гибель плодовъ освобождаетъ владѣльца отъ отвѣтственности всегда, хотя бы уже раньше наступила *mala fides*. Съ другой стороны, пока владѣлецъ находится въ состояніи *bona fides*, не можетъ быть

¹⁾ Предложенный здѣсь способъ рѣшенія контрoверзы встрѣтилъ весьма рѣшительное и согласное одобреніе со стороны критиковъ и вопросъ, по видимому, дѣйствительно можно считать окончательно рѣшеннымъ. Ср. Hellmann I. с. стр. 85, Oertmann I. с. ст. 579, Leonhard I. с. стр. 280, Dernburg I § 205 пр. 17.

рѣчи о *dolus* или *culpa* съ его стороны (ср. § 30 J. de rer. div. 2,1: *scienti alienum esse solum potest culpa obici*).

§ 10. 3. *Fructus extantes* подлежатъ возвращенію только, поскольку они образуютъ чистую прибыль владѣльца.

Добросовѣстный владѣлецъ собираетъ доходы, но въ то же время и дѣлаетъ періодическія (*imp. fructuum percipiendorum*) и единовременныя хозяйственныя затраты (*imp. in rem*)¹⁾. Можетъ случиться, что владѣніе принесетъ ему въ общемъ чистую прибыль, можетъ случиться и обратное. Въ послѣднемъ случаѣ для него вовсе не возникаетъ обязанности возвращать плоды; дѣло идетъ только о вознагражденіи его за издержки со стороны собственника, причемъ извлеченный доходъ играетъ только роль вычитаемого.

Только въ первомъ случаѣ возникаетъ вопросъ о возвращеніи плодовъ. При этомъ добросовѣстный владѣлецъ находится въ очень выгодномъ положеніи въ томъ смыслѣ, что

¹⁾ Ср. мою *Lehre vom Einkommen*, томъ 1-й § 11 и *Anhang*, гдѣ доказывается съ точки зрѣнія догмы и гражданской политики несостоятельность традиціонной теоріи *impensae* и предлагаются между прочимъ новыя основанія классификаціи издержекъ (ср. *Dernburg, Pandekten I § 227*, въ новыхъ изданіяхъ). Для послѣдующаго изложенія имѣетъ значеніе только слѣдующее положеніе:

Главное подраздѣленіе издержекъ—а) издержки періодическія (*ordinarium* хозяйственного бюджета), б) единовременныя, чрезвычайныя издержки (*extraordinarium* бюджета). Первые издержки (неточно называемыя въ *Corpus iuris* „*impensae in fructus*“ или „*fructuum percipiendorum*“ etc.) при расчетѣ между владѣльцемъ и собственникомъ, а равно и въ другихъ случаяхъ *fructus praestatio*, вычитаются изъ валового дохода (суммы періодическихъ прибылей *in brutto, fructus, reditus*), и результатъ вычитанія есть чистый доходъ. Этотъ послѣдній въ одномъ случаѣ названъ въ *Corpus iuris* „*reditus purus*“, а обыкновенно называется просто *fructus* или *reditus*. Отсюда видно, что слово *fructus* въ нашихъ источникахъ означаетъ два различныя понятія, и нужно въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ обращать вниманіе, слѣдуетъ ли подъ нимъ разумѣть сельско-хозяйственные продукты etc., какъ предметъ валового дохода, или сумму чистаго дохода. Согласно *Dernburg I § 78, Oertmann* въ *Zeitschr. f. d. Privat-und öffentl. Recht d. Gegenwart XXII*, стр. 305 и сл., *Leonhard* и др. Въ заглавіи настоящаго §-а и въ текстѣ я избѣгаю нарочно выраженія „чистый доходъ“, а употребляю вмѣсто этого „чистая прибыль“, потому что дѣло идетъ не только объ опредѣленіи чистаго дохода, а и о вычетѣ нѣкоторыхъ единовременныхъ издержекъ изъ суммы чистаго дохода.

онъ не обязанъ возвращать всей чистой прибыли, а только ту часть, которая у него находится въ видѣ *fructus in natura*.

Этими правами добросовѣстный владѣлецъ пользуется, конечно, лишь до тѣхъ поръ, пока онъ остается добросовѣстнымъ. Съ момента *mala fides* его юридическое положеніе кореннымъ образомъ измѣняется. Съ одной стороны, плоды уже обсуждаются по совсѣмъ инымъ правиламъ, а именно, подлежатъ возвращенію не только *fructus extantes*, но и *fructus consumpti* и не только *fructus percepti*, а и *percipiendi*. Съ другой стороны, и единовременныя издержки подчиняются другимъ, болѣе строгимъ для владѣльца правиламъ. Разсматривать подробнѣе условія наступленія *mala fides* и юридическое положеніе добросовѣстнаго владѣльца съ этого момента намъ не приходится, потому что этотъ вопросъ относится къ ученію о недобросовѣстномъ владѣніи. Здѣсь еще слѣдуетъ только замѣтить, что, если не прежде, то во всякомъ случаѣ съ момента начала процесса добросовѣстный владѣлецъ лишается льготъ, соединенныхъ съ *bona fides*, и подчиняется строгимъ правиламъ какъ относительно плодовъ, такъ и относительно издержекъ.

Этихъ предварительныхъ замѣчаній будетъ достаточно для пониманія знаменитой l. 48 D. de rei vind. 6,1:

Papinianus libro secundo responsorum: Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

Папиніанъ обсуждаетъ *ex professo* т. н. полезныя издержки, но высказываетъ *implicite* и установленное нами выше правило, по которому возвращеніе плодовъ можетъ совсѣмъ не имѣть мѣста вслѣдствіе зачета издержекъ. Судья долженъ *per officium aequitatis ratione* предпринять вычисленіе потери, понесенной добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Встрѣчающееся во фрагментѣ слово *compensatio* употреблено, конечно, не въ техническомъ значеніи компенсаціи двухъ встрѣчныхъ требованій, а просто въ смыслѣ вычитанія, зачета, *deductio*, какъ это, напр., имѣетъ мѣсто въ l. 15 D. de imp. in res dot. 25,1

(sed ipsae res ita praestari intelleguntur, ut non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris), l. 30 D. pro socio 17,2 (neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto) etc. Такъ вычисляется, имѣеть ли мѣсто чистая прибыль (*superfluous fructus*) или чистая потеря (*superfluous sumptus*), и такимъ образомъ опредѣляется, на комъ лежитъ обязанность вознагражденія или возвращенія.

То обстоятельство, что Папиніанъ въ приведенномъ мѣстѣ не говоритъ о возвращеніи *fr. extantes* и ограничивается временемъ до *litis contestatio*, послужило аргументомъ для ошибочныхъ историческихъ выводовъ и для утвержденія, что l. 48 *cit.* нельзя удовлетворительно объяснить съ точки зрѣнія юстиніанова права ¹⁾.

Между тѣмъ съ нашей точки зрѣнія весьма понятно, почему Папиніанъ не упоминаетъ о *fructus extantes* и *consumpti*. Въ его фрагментѣ результатомъ упомянутого вычисленія является *superfluous sumptus, damnum* на сторонѣ добросовѣстнаго владѣльца. Поэтому для послѣдняго не возникаетъ никакой обязанности относительно возвращенія плодовъ, поэтому и нѣтъ никакого повода говорить о *fructus*

¹⁾ Изъ этого фрагмента выводится теорія, по которой въ классическую эпоху *b. f. possessor* не былъ обязанъ возвращать *fructus extantes*; ср. ниже и Czylarz, стр. 566 и сл., который считаетъ это мѣсто необъяснимымъ, если въ эпоху Папиніана *fructus extantes* и *consumpti* обсуждались различно; ср. также Pellat, *Exposé des principes généraux du dr. rom. sur la propriété*. Paris 1853, стр. 299 и сл. и названное выше сочиненіе его послѣдователя въ русской литературѣ—Кремлева (стр. 128): „Въ Пандектахъ... есть два мѣста, принадлежащія знаменитѣйшему изъ юристовъ самаго цвѣтущаго періода римской юриспруденціи, Папиніану, которыя никоимъ образомъ не допускаютъ мысли о такомъ обязательствѣ [*restitutio fructuum extantium*], которыя и понятны только при теоріи безповоротной собственности“ [почтенный авторъ здѣсь и въ другихъ мѣстахъ не вполнѣ различаетъ два юридически совѣмъ не тождественныя понятія: безповоротную собственность, *dominium irrevocabile*, которая несомнѣнно принадлежала добросовѣстному владѣльцу относительно плодовъ въ классическомъ и юстиніановомъ правѣ, и свободу отъ обязательства возвращенія *fructus extantes*, которою по нашему мнѣнію, *b. f. p.* не пользовался ни по юстиніанову, ни по классическому праву] „добросовѣстнаго владѣльца на плоды. Это именно l. 48 и l. 65 *pr. D. de R. V. 6,1*“. Авторы, выступившіе послѣ появленія *Fruchtvertheilung* съ защитой теоріи свободы добр. вл. отъ обязанности возвращенія *fructus extantes* въ классическую эпоху (Oertmann и Pernice, ср. ниже) уже болѣе на эти мѣста не ссылаются.

extantes и consumpti. Обязанность возвращенія плодовъ возникаетъ только тогда, когда на сторонѣ добросовѣстнаго владѣльца окажется *lucrum, superfluous fructus*. Тогда только возникаетъ вопросъ, въ какомъ видѣ *superfluous fructus* находится въ имуществѣ владѣльца. Только тогда спрашивается, находится ли *superfluous fructus* у владѣльца въ видѣ *fructus extantes*. Ибо только въ этомъ послѣднемъ случаѣ *superfluous fructus* подлежитъ возвращенію.

Точно также ясно и само собою понятно, почему Папиніанъ ограничиваетъ свое положеніе на время до *litis contestatio*; послѣдующее время обсуждается уже не по тѣмъ правиламъ, которыя юристъ устанавливаетъ для времени до начала процесса. Папиніанъ сдѣлалъ бы ошибку, если бы онъ свои замѣчанія (*fructuum perceptorum summam*) распространилъ на время процесса, потому что здѣсь *perceptio* не имѣетъ рѣшающаго значенія, а принимаются во вниманіе и *fr. percipiendi*. И въ словахъ *meliore praedio facto* заключалась бы тогда ошибка, потому что *imp. utiles* послѣ *litis contestatio* не вознаграждаются.

То же альтернативное отношеніе между возвращеніемъ *superfluous fructus* со стороны добросовѣстнаго владѣльца или *superfluous sumptus* со стороны собственника обсуждается тѣмъ же юристомъ въ I. 65 D. de rei vind. 6,1:

Papinianus libro secundo responsorum: Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum reciperaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.

Species facti состоитъ въ слѣдующемъ: Нѣкто купилъ участокъ у несобственника. Участокъ оказался заложенымъ, такъ что покушникъ, чтобы удержать его за собою, уплатилъ кредитору слѣдующую сумму, т.-е. капиталъ и проценты. Собственникъ участка, т.-е. освобожденный владѣльцемъ должникъ, предъявляетъ *rei vindicatio*. Папиніанъ рѣшаетъ, что собственникъ не получитъ участка, пока не возвратитъ уплаченной для погашенія его долга суммы (капитала съ процентами). Кромѣ того собственникъ долженъ уплатить и *usurae novae* т.-е. проценты отъ уплаченной суммы (отъ первоначальной).

чальнаго капитала съ процентами). Но эти проценты подчиняются тѣмъ же правиламъ, что *impensae*; покушникъ имѣетъ право на *superfluum usurarum*, т.-е. лишь тогда и постольку, поскольку онъ потерпѣлъ вообще убытки отъ владѣнія. Въ прибыль зачисляются доходы, въ убытъ издержки и *usurae novae*.

И здѣсь Папиніанъ предполагаетъ, что результатомъ вычисления оказывается *superfluum sumptus* („*superfluum usurarum*“). Поэтому для покушника не возникаетъ обязанности возвращать плоды. Поэтому не можетъ быть рѣчи о *fructus extantes* и *consumpti*. Только лишь въ случаѣ *superfluum fructus* могла бы быть рѣчь о возвращеніи плодовъ, стало быть, и о *fructus extantes* и *fr. consumpti*.

§ 11. 4. Подлежатъ ли возвращенію такъ называемые гражданскіе плоды?

Источники не говорятъ особо о возвращеніи извлеченныхъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ гражданскихъ плодовъ. *Prima facie* отсюда слѣдовало бы заключить: или возвращеніе не имѣетъ совсѣмъ мѣста, или здѣсь примѣняются общія правила.

При теперешнемъ состояніи народнаго хозяйства вопросъ о гражданскихъ плодахъ получаетъ особенно важное значеніе и требуетъ опредѣленнаго и достовѣрнаго рѣшенія. Между тѣмъ здѣсь въ литературѣ еще менѣе согласія, нежели относительно естественныхъ плодовъ. Въ каждомъ сочиненіи иное мнѣніе!

Windscheid ¹⁾ различаетъ тѣ гражданскіе плоды, которые добросовѣстный владѣлецъ получаетъ за предоставленіе пользованія вещью, не дающею естественныхъ плодовъ, отъ тѣхъ, которые онъ получаетъ за предоставленіе извлеченія плодовъ. Гражданскіе плоды перваго рода добросовѣстный владѣлецъ не обязанъ возвращать, въ частности нельзя дать собственнику вещи *condictio* по поводу этихъ плодовъ, „потому что римское право признаетъ за нимъ право на употребленіе вещи, находящейся въ его добросовѣстномъ владѣніи, и при томъ не только право самому пользоваться вещью, но

¹⁾ Въ *Zeitschrift etc.* стр. 132 и сл.

также и право приобретать эквивалентъ посредствомъ предоставления этого пользованія другимъ“.

Напротивъ, эквивалентъ за предоставленіе *fructuum perceptio* репрезентируетъ естественные плоды вещи. Поэтому онъ обсуждается аналогично естественнымъ плодамъ, т. е. владѣлецъ долженъ возратить еще не потребленную часть эквивалента.

Göppert (1 с. стр. 354 и сл.) признаетъ добросовѣстнаго владѣльца свободнымъ отъ возвращенія *fructus civiles*, потому что онъ не находитъ возможнымъ конструировать противъ него и въ пользу собственника вещи никакого иска по поводу этихъ плодовъ.

Körpen (1. с. стр. 92 и сл.) различаетъ наемную и арендную плату съ одной стороны и эквивалентъ за установленіе вещнаго права пользованія съ другой стороны. Относительно арендной и наемной платы собственникъ участка не имѣетъ никакихъ правъ противъ добросовѣстнаго владѣльца. Напротивъ, по поводу *pretium*, которое добросовѣстный владѣлецъ получилъ за вещь или за ограниченныя вещныя права на нее, собственнику участка принадлежитъ противъ него *condictio*, если онъ лишенъ *rei vindicatio* по поводу вещи.

Wächter ¹⁾ и Ihering ²⁾ различаютъ, владѣетъ ли *b. f. p.* плодоносною вещью на основаніи *titulus putativus* или *verus*; только въ послѣднемъ случаѣ владѣлецъ свободенъ отъ возвращенія гражданскихъ плодовъ.

Czyhlarz (стр. 607 и сл.) различаетъ ту часть гражданского дохода, которую добросовѣстный владѣлецъ еще не издержалъ, и ту, которую онъ уже издержалъ. Лишь отъ возвращенія послѣдней свободенъ добросовѣстный владѣлецъ. Въ частности онъ обязанъ цедировать собственнику тѣ иски по поводу гражданскихъ плодовъ, которыхъ онъ еще не вчалъ.

Особыя правила дѣйствуютъ, по мнѣнію Чиларжа (eod. стр. 526 — 558), для тѣхъ гражданскихъ плодовъ, которые владѣлецъ приобретаетъ вслѣдствіе добросовѣстнаго владѣнія рабомъ.

Всѣ приведенныя мнѣнія неправильны. Теорія Виндшейда

¹⁾ Wächter, Erörterungen Heft II, стр. 100.

²⁾ Ihering, Abhandlungen, стр. 78 и сл., ср. также Witte, Bereicherungsklagen, стр. 325 и сл.

вытекаетъ изъ непризнанія за добросовѣстнымъ владѣльцемъ права собственности на плоды и изъ неправильнаго понятія *consumptio*. На эту же точку зрѣнія переходитъ и Чиляржъ, требуя потребленія эквивалента. Геппертъ не доказалъ, что собственникъ не можетъ въ виндикаціонномъ процессѣ требовать *arbitrium iudicis* о гражданскихъ плодахъ. Мнѣніе Иеринга основано на неправильной теоріи титула.

Но независимо отъ ошибокъ въ посылкахъ всѣ изложенныя теоріи не могутъ привести въ свою пользу подтвержденій изъ источниковъ и почти всѣ погрѣшаютъ противъ правила: *ubi lex non distinguit etc.*

Такъ какъ источники не намекаютъ ни однимъ словомъ, что для гражданскихъ плодовъ дѣйствуютъ особыя исключительныя правила, то мы должны исходить изъ того положенія, что таковыхъ и нѣтъ, а примѣняются общія правила.

Общее правило относительно плодовъ, извлеченныхъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ, гласитъ: *fructus extantes* возвращаются собственнику, *fructus consumpti* остаются владѣльцу. Стало бытъ, *quaestio in eo est*, могутъ ли *fructus civiles* принадлежать къ категоріи *fructus extantes*. Выше мы доказали, что эквивалентъ, вырученный при продажѣ плодовъ, *pretia fructuum*, не можетъ относиться къ категоріи *fructus extantes*, а долженъ бытъ отнесенъ къ *fructus consumpti*. Если предположить обратное, то получается *reductio ad absurdum* этого предположенія. Но то же разсужденіе, та же *reductio ad absurdum* получается и тогда, если мы наемную или арендную плату отнесемъ къ *fructus extantes*. При этомъ предположеніи въ случаѣ недобросовѣстнаго владѣнія собственникъ вещи имѣлъ бы *rei vindicatio* по поводу *nummi*, которые владѣлецъ получилъ отъ арендатора и приобрѣлъ въ собственность и на которые никоимъ образомъ не могъ приобрести права собственности *dominus fundi*. Такъ какъ этотъ результатъ (*rei vindicatio* несовѣстника противъ собственника) юридически невозможенъ, то слѣдуетъ заключить, что наемная или арендная плата не относится къ *fr. extantes*, а слѣдовательно и не подлежитъ возвращенію со стороны добросовѣстнаго владѣльца.

Да и по существу было бы странно, если бы право не требовало отъ владѣльца возвращенія *pretia fructuum*, а требовало возвращенія арендной платы. Какой смыслъ былъ бы

устанавливать такое различіе. Не все ли равно, собралъ ли я плоды самъ, а потомъ ихъ продалъ, подарилъ и т. д., или сразу предоставилъ кому либо *perceptio* за извѣстную сумму или дарственнымъ образомъ. Почему сумма, вырученная за собранныя и вывезенныя на рынокъ яблоки, должна обсуждаться иначе, нежели сумма, полученная за эти же яблоки отъ арендатора сада? *Merces* является *pretium fructuum*.

Позже, когда мы найдемъ гражданско-политическую функцію института, мы убѣдимся, что требованіе возвращенія *pretia fructuum*, равно какъ и *merces*, было бы существеннымъ промахомъ съ точки зрѣнія гражданской политики. Теперь, съ точки зрѣнія догматической, достаточно вышеизложеннаго.

Съ юридической точки зрѣнія оказалось, что оба наши заключенія въ началѣ этого §-а изъ отсутствія въ источникахъ особыхъ замѣчаній о гражданскихъ плодахъ слѣдуетъ признать правильными; они не составляютъ дилеммы. Вѣрно, что гражданскіе плоды не подлежатъ возвращенію, но въ то же время вѣрно и то, что они подчиняются общимъ правиламъ о *fructus extantes* и *consumpti*.

§ 12. D. Въ частности о приобрѣтеніи черезъ рабовъ ¹⁾.

Приобрѣтенія добросовѣстнаго владѣльца раба римское право подчиняетъ общимъ правиламъ.

Это положеніе требуетъ еще доказательствъ, потому что его не признаютъ различныя теоріи съ различныхъ точекъ зрѣнія ²⁾.

1. Приобрѣтающимъ субъектомъ признается не только владѣющій рабомъ въ видѣ собственности, но и всякій другой путативный вещно-управомоченный (ср. выше стр. 25; I. 54 § 3 D. de a. g. d. 41,1).

2. Владѣніе, дающее возможность приобрѣтать, ничего не имѣетъ общаго съ владѣніемъ годнымъ для давности. Въ частности предметомъ владѣнія въ этомъ смыслѣ можетъ быть даже свободный человѣкъ, *qui bona fide servit*. Относи-

¹⁾ Ср. Salkowski, *Sclavenerwerb* стр. 116 и сл.; Pernice, *Labeo II*, 1-te Abth. стр. 369 и сл. (2-е изд.).

²⁾ Ср. Czychlarz стр. 526 и сл.; Göppert стр. 327 и сл.

тельно свободного человѣка не можетъ быть рѣчи ни о приобрѣтеніи по давности въ собственность, ни о законномъ титулѣ приобрѣтенія, ни даже о владѣніи въ точномъ юридическомъ смыслѣ, потому что *homo liber* не есть *res in commercio*, а *persona*.

.... non solum autem proprietas per eos servos, in quibus usum fructum habetis vel quos bona fide possidetis, vel per liberam personam, quae bona fide vobis servit, adquiritur vobis... (§ 4 J. per quas p. 2, 9).

Это осторожное и точное выраженіе „*persona, quae bona fide vobis servit*“, удачно характеризуетъ все отношеніе (ср. l. 54 pr. § 1 D. de a. r. d. 41,1; l. 23 eod., l. 19 eod.). Впрочемъ, встрѣчаются и неточныя выраженія: *possessio, hominem liberum possidere* (Gai II. 86, 92, 95; l. 1 § 6 D. de a. v. a. p. 41,2).

До какой степени владѣніе въ юридическомъ смыслѣ несущественно для приобрѣтенія, видно изъ l. 44 D. de usurp. 41,3:

Papinianus libro vicesimo tertio quaestionum: Justo errore ductus Titium filium meum et in mea potestate esse existimaui, cum adrogatio non iure intervenisset: eum ex re mea quaerere mihi non existimo. Non enim constitutum est in hoc, quod in homine libero qui bona fide servit placuit: ibi propter adsiduam et cottidianam comparationem servorum ita constitui publice interfuit, nam frequenter ignorantia liberos emimus, non autem tam facilis frequens adoptio vel adrogatio filiorum est.

Папиніанъ, слѣдовательно, видитъ препятствіе для приобрѣтенія со стороны путативнаго адрогатор'а не въ томъ, что здѣсь не можетъ быть рѣчи о владѣніи, или, что нѣтъ *iustus titulus* для *quasi-possessio* (адрогatio non iure intervenisset) и т. д.; онъ рѣшаетъ вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ не по формально-юридическимъ основаніямъ, а только потому, что не было достаточнаго пракческаго основанія для признанія права приобрѣтенія черезъ путативнаго адрогatus.

3. *Bona fides* требуется для каждаго приобрѣтенія отдѣльно; титулъ всякаго приобрѣтенія, разумѣется, самостоятельный (l. 23 § 1, l. 40 D. de a. r. d. 41,1).

4. Предметомъ приобрѣтенія является то же самое, что

приобрѣтаетъ usufructuarius servi. Сюда относятся приобретѣнія ex re possessoris, т.-е. на имущественныя средства того, кому рабъ или свободный человѣкъ bona fide servit, и приобретѣнія ex operis suis, т.-е. доходъ отъ раба, какъ рабочей силы, напр., наемная плата (l. 23 pr. D. de a. r. d. 41,1; l. 3 D. de op. s. 7, 7).

Вообще приобретѣние чрезъ рабовъ въ случаѣ bonae fidei possessio ничѣмъ не отличается отъ приобретѣнія въ случаѣ usus fructus. Не только предметъ приобретѣнія одинъ и тотъ же, но и способъ приобретѣнія, потому что рабы не приносятъ никакихъ естественныхъ плодовъ, слѣдовательно не можетъ быть рѣчи о separatio и perceptio. Поэтому вполне правильно замѣчаніе Гая (II, 92): „quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore“.

5. Что касается обязанности возвращенія приобретѣнныхъ доходовъ по отношенію къ dominus servi, то она, конечно, не существуетъ, потому что fructus civiles, какъ доказано выше, не есть fructus extantes. Если бы римское право причисляло partus ancillae къ плодамъ, то было бы возможно и здѣсь возвращеніе fructus extantes. Между тѣмъ, рабы по римскому праву приносятъ только fructus civiles, которые по общему правилу окончательно принадлежать добросовѣстному владѣльцу.

Это положеніе проведено вполне послѣдовательно, такъ что, если по формальнымъ причинамъ приобретѣніе чрезъ раба сдѣлалъ dominus, напр., вслѣдствіе того, что рабъ стипулировалъ nominatim domino, то добросовѣстный владѣлецъ, можетъ потребовать возвращенія приобретѣннаго посредствомъ condictio. Эта condictio была бы невозможна, если бы приобретѣнное до издержанія его относилось къ fructus extantes, ибо dolo facit qui petit quod redditurus est (l. 8 pr. D. de doli mali et m. exc. 44, 4).

Такъ что и въ этомъ отношеніи добросовѣстный владѣлецъ сравненъ въ правахъ съ узуфруктуаріемъ.

Pomponius libro vicesimo secundo ad Quintum Mucium: Cum servus, in quo usum fructum habemus, proprietatis domino ex re fructuarii vel ex operis eius nominatim stipuletur, acquiritur domino proprietatis; sed qua actione fructuarius recipere possit a domino proprietatis, requirendum est. item

si servus bona fide nobis serviat et id, quod nobis acquirere poterit, nominatim domino suo stipulatus fuerit, ei adquiret: sed qua actione id recipere possumus, quaeremus. et non sine ratione est, quod Gaius noster dixit, condici id in utroque casu posse domino (l. 39 D. de stip. serv. 45, 3).

Впрочемъ, то же совпаденіе съ узурфруктомъ произойдетъ всегда, если вещь приносить только гражданскіе плоды. Добросовѣстный владѣлецъ дома, корабля, коня, машины находится относительно приобрѣтенія доходовъ и свободы отъ всякой обязанности возвращенія тоже въ одинаковомъ юридическомъ положеніи съ узурфуктуаромъ. Это тождество, можно сказать, случайно. Различные принципы ведутъ въ концѣ концовъ къ одинаковымъ практическимъ результатамъ.

Напротивъ, примѣненіе одинаковыхъ правилъ къ добросовѣстному владѣльцу раба и къ добросовѣстнымъ владѣльцамъ другихъ вещей слѣдуетъ изъ одной и той же основной мысли и происходитъ въ силу тождества принциповъ. Но одни и тѣ же принципы могутъ здѣсь привести къ различнымъ виѣшнимъ практическимъ результатамъ; правда, добросовѣстный владѣлецъ дома и владѣлецъ раба одинаково свободны отъ обязанности возвращенія. Напротивъ, при примѣненіи общихъ правилъ къ владѣльцу раба и къ владѣльцу коровы получаются различные результаты, потому что владѣлецъ раба не возвращаетъ никакихъ плодовъ, между тѣмъ какъ владѣлецъ коровы возвращаетъ еще существующаго у него теленка.

На эту эвентуальную фактическую разницу указываетъ слово *fere* въ l. 40 D. de a. r. d. 41, 1... *etenim simul haec fere cedere, ut, quo casu fructus praediorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius ei acquiratur.*

То же значеніе имѣетъ выраженіе *propius ea accedere* въ l. 25 § 1 D. de usur. 22, 1... *quod fructus qui ex fundo percipiuntur (sc. a bona fide emptore) intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis acquirunt.*

Съ точки зрѣнія теорій, не признающихъ права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды, приобрѣтеніе чрезъ рабовъ и свободныхъ людей, qui bona fide serviunt, представляетъ трудно объяснимую особенность. Göppert (стр. 328) предполагаетъ, что относящіяся сюда положенія чисто по-

зitivнаго происхожденія и введены особымъ закономъ, а такъ какъ мы никакаго закона съ такимъ содержаніемъ не знаемъ, то онъ приписываетъ ихъ законамъ XII таблицъ (!).

Съ точки зрѣнія Чиларжа (стр. 549 и сл.), который считаетъ возможною обязанность возвращенія *fructus civiles*, свобода добросовѣстнаго владѣльца отъ возвращенія приобрѣтеній рабовъ представляетъ въ *Cogrus iuris* аномалію, непослѣдовательность. Съ точки зрѣнія правилъ о плодахъ юстиніанова права „невозможно объяснить, почему римскіе юристы сопоставляютъ приобрѣтеніе чрезъ рабовъ съ совсѣмъ отличнымъ и неоднороднымъ приобрѣтеніемъ плодовъ“ (стр. 550). Эту найденную имъ вслѣдствіе собственной ошибки аномалію авторъ объясняетъ особою историческою гипотезою (ср. ниже § 17). Во всякомъ случаѣ его историческая гипотеза не можетъ объяснить, почему составители юстиніанова свода внесли въ него такое явное противорѣчіе.

Мы же считаемъ важнымъ подтвержденіемъ нашей теоріи именно тотъ фактъ, что она приводитъ къ тому же результату, который признаютъ и римскіе юристы и *Cogrus iuris*, указывая на однородность приобрѣтенія добросовѣстнаго владѣльца чрезъ рабовъ съ приобрѣтеніемъ плодовъ другихъ вещей.

ЧАСТЪ II.

ОБЪЯСНЕНИЕ ИНСТИТУТА СЪ ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ТЕОРИИ
(КОНСТРУКЦИИ), ИСТОРИИ И ПОЛИТИКИ ГРАЖДАНСКАГО
ПРАВА.

1967

§ 13. А. Вопросъ и общая характеристика и классификація литературы.

Есть институты, которые причиняютъ наукѣ больше затрудненій въ объясненіи ихъ основанія и внутренняго смысла, нежели въ установленіи ихъ позитивно-юридическаго содержанія, т.-е. положительныхъ нормъ права, которыя въ совокупности составляютъ данный институтъ. Примѣромъ можетъ служить владѣніе. Сюда относится также и приобрѣтеніе плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ въ связи съ оригинальною обязанностью возвращенія *fructus extantes*. Внутренній смыслъ и основаніе этого института представляютъ ту загадку, на разрѣшеніе которой была главнымъ образомъ направлена очень большая, интересная и остроумная литература нашего вопроса.

Главная цѣль настоящаго изслѣдованія состоитъ также не столько въ догматическомъ изложеніи и въ рѣшеніи относящихся сюда спорныхъ или еще незатронутыхъ вопросовъ, сколько въ объясненіи смысла института, какъ цѣлаго.

Предыдущее догматическое изложеніе должно было установить тѣ положенія, объясненіе которыхъ требуется. Много трудности и споровъ въ области нашего предмета возникло вслѣдствіе примѣненія обратнаго метода.

Новые писатели, изслѣдовавшіе спеціально приобрѣтеніе плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ, приступали къ вопросу съ предвзятою цѣлью. Исходя изъ того, что нельзя найти разумнаго основанія для установленія института въ такомъ видѣ, въ какомъ онъ *prima facie* находится въ *Corpus iuris*,

ислѣдователи стараются истолковать источники въ томъ смыслѣ, въ какомъ ихъ можно было бы объяснить. Задача была очень трудная, потому что приходилось бороться съ массою явныхъ противорѣчій источниковъ. Съ другой стороны успѣху изслѣдованія мѣшало и то, что въ виду главной цѣли посвящено было слишкомъ мало вниманія рѣшенію „частныхъ“ вопросовъ, имѣющихъ существенное значеніе для пониманія института. Какъ найти основаніе пріобрѣтенія, если твердо не установлено, кто пріобрѣтаетъ. Совѣмъ иначе слѣдуетъ рѣшать вопросъ въ томъ случаѣ, если пріобрѣтаетъ плоды только тотъ, кто приписываетъ себѣ право собственности на вещь, нежели въ томъ случаѣ, если пріобрѣтаетъ всякій, кто приписываетъ себѣ какое бы то ни было вещное право пользованія. Въ первомъ случаѣ основаніе должно быть болѣе сингулярное, коренящееся во владѣніи въ видѣ собственности, во второмъ случаѣ болѣе общее. Тогда, т.-е. въ послѣднемъ случаѣ, разрушаются сами собою всѣ тѣ теоріи, которыя выводятъ пріобрѣтеніе плодовъ изъ фиктивной или бонитарной собственности на главную вещь, а равно и теорія Савиньи, по которой *bonae fidei possessio* непосредственно распространяется на плоды, какъ на отдѣленные части главной вещи.

Какъ объяснить основаніе пріобрѣтенія, не обращая вниманія на отношеніе источниковъ къ формальному основанію пріобрѣтенія (*titulus*). Если обратить вниманіе на существо и смыслъ титула *pro suo*, то падаютъ всѣ теоріи, которыя основываются на различіи титуловъ владѣнія главной вещью (*titulus putativus, verus; causa lucrativa, onerosa etc.*, Jhering, Wächter etc.).

Какъ возможно объяснить основаніе возвращенія *fructus extantes*, если не установлено, что такое *fructus extantes* и когда они возвращаются, если не рѣшенъ вопросъ, возвращаются ли гражданскіе плоды, или если вопросъ объ отношеніи *pretia fructuum* къ *fructus extantes* рѣшается по большинству голосовъ, а не по достаточнымъ научнымъ основаніямъ.

Такія „частности“ занимаютъ въ изслѣдованіяхъ очень второстепенное мѣсто и рѣшаются каждою теоріей различно, обыкновенно по „внутреннимъ основаніямъ“, т.-е. съ точки зрѣнія защищаемого главнаго тезиса.

Все вниманіе литературы направлено на установленіе существа права добросовѣстнаго владѣльца на плоды и его обязанности возвращенія *fructus extantes* собственнику, и на юридическое или историческое объясненіе этихъ явленій.

Вопросъ былъ поставленъ слѣдующимъ образомъ: отъ добросовѣстнаго владѣнія плодоносною вещью нѣтъ перехода къ праву собственности на плоды; если же по какимъ бы то ни было основаніямъ это право было предоставлено добросовѣстному владѣльцу, то нѣтъ разумнаго основанія дать ему право собственности и возложить на него въ то же время обязанность возвращенія, „дать что-либо одною рукою и отнять то же другою“.

Послѣдовали три группы рѣшеній, кореннымъ образомъ противорѣчащихъ другъ другу и имѣющихъ каждая въ свою пользу остроумную защиту выдающихся авторитетовъ:

1. Первая группа устраняетъ юридическій прыжокъ (отъ добросовѣстнаго владѣнія главною вещью къ праву собственности на плоды) тѣмъ, что низводитъ отношеніе добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ тоже до уровня *bonae fidei possessio*.

2. Вторая группа — тѣмъ, что возводитъ отношеніе владѣльца къ главной вещи тоже до высотъ собственности (бонитарной, фиктивной).

3. Третья группа рассматриваетъ право собственности на плоды, какъ особую льготу, предоставленную добросовѣстному владѣльцу въ виду его добросовѣстности; усилія этой группы направлены главнымъ образомъ на устраненіе другой аномаліи института, которая особенно бросается въ глаза, если рассматривать право добросовѣстнаго владѣльца какъ особую ему предоставленную льготу; а именно было бы странно сдѣлать подарокъ путемъ предоставленія права собственности и отнять его въ значительной части обратно путемъ установленія обязательства. И вотъ эта непонятная аномалія устраняется, если не комбинировать права собственности съ послѣдующимъ обязательствомъ, а сразу предоставить добросовѣстному владѣльцу менѣ цѣнное право, дать ему только временную (провизорную, интеримистическую) собственность.

Ни одна изъ этихъ группъ рѣшеній, которыя мы назовемъ конструктивными (такъ какъ онѣ стремятся объяснить

институтъ путемъ юридической конструкціи) не сдѣлалась господствующимъ мнѣніемъ, такъ какъ всѣ эти теории несогласны съ изреченіями источниковъ ¹⁾. Большой успѣхъ достался въ послѣднее время въ пандектной литературѣ на долю теории иного характера, устраняющей упомянутыя затрудненія историческимъ путемъ. Право собственности на плоды разсматриваетъ эта теорія какъ юридическую льготу, которой добросовѣстный владѣлецъ заслуживаетъ именно своею добросовѣстностью. Странно только то явленіе, что римское право въ этомъ случаѣ даетъ одною рукою и отнимаетъ то же другою. Именно эту странность пытается разяснить новѣйшая историческая теорія. Она исходитъ изъ невозможности приписать римскимъ классическимъ юристамъ такое непослѣдовательное построеніе института, что для него нельзя найти ни разумнаго смысла, ни аналогіи въ другихъ областяхъ гражданскаго права. Вѣдь очевидно нелѣпо давать что-либо для того, чтобы отнять обратно. Римскіе юристы могли вѣдь проще дать добросовѣстному владѣльцу то, что онъ въ существѣ дѣла получаетъ путемъ комбинаціи права собственности и обязательства, а именно право потребленія плодовъ (*Consumptionsbefugniss*). И вотъ упомянутая историческая теорія состоитъ въ томъ, что классическіе юристы дали добросовѣстному владѣльцу право собственности на плоды безъ всякой обязанности возвращенія. Ограниченіе его правъ произошло лишь путемъ императорскаго законодательства, что повлекло за собою многочисленныя интерполяціи въ дигестахъ.

Конструктивныхъ теорій мы не будемъ критиковать ни съ точки зрѣнія непосредственныхъ указаній источниковъ, ни

¹⁾ Главными защитниками обыкновеннаго права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды въ новой нѣмецкой литературѣ являются: Backe, *Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat*; Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* § 250; Zimmern, *Schunke'sche Jahrbücher*, B. II S. 237 fg.; Vangerow, *Pand.* I § 326 Anm. II; Goeschen, *Vorlesungen über d. gem. Civilrecht* § 283; Puchta, *Kurs. der Inst.* II § 242; Scheurl, *Beiträge* I S. 287 fg.; Böcking, *Pand. des römischen Privatrechts* II § 151; Dernburg, *Kritische Zeitschr.* I, S. 144; Pagenstecher, *Die röm. Lehre vom Eigenthum* II S. 101 fg.; G. Hartmann, *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* XI S. 520 fg.; Ihering, *Jahrbücher für die Dogm.* XII S. 314 fg.; Keller, *Pand.* § 142; Fitting, *Archiv f. civ. Pr.* LII S. 276 fg.; Waldeck *cit.*, Czychlarz *cit.*; въ русской литературѣ—Кремлевъ *cit.*

съ точки зрѣнія добытыхъ нами выше результатовъ; мы ограничимся краткимъ указаніемъ на тѣ затрудненія, съ которыми онѣ встрѣчаются съ точки зрѣнія собственныхъ конструкцій. Что онѣ противорѣчатъ практическимъ рѣшеніямъ (а не только теоретическимъ изреченіямъ и терминологіи) источниковъ, это доказываетъ, какъ намъ кажется, все наше предыдущее изложеніе. Напротивъ, новѣйшую историческую теорію мы рассмотримъ подробнѣе съ точки зрѣнія ея аргументаціи и источниковъ, потому что ей еще не было въ литературѣ посвящено болѣе подробнаго критическаго разбора.

В. Обзоръ литературы.

§ 14. 1. Конструктивныя теоріи. а. Первая группа. (Savigny, Windscheid, Göppert).

Литература, стремящаяся объяснить юридическое существо правъ владѣльца на плоды, начинается, можно сказать, съ Савиньи. Глоссаторы и послѣдующая прежняя литература занимались вопросами, которые уже выяснены и отложены въ архивъ. Главнымъ образомъ возбуждалъ споры вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли примѣнять правила пріобрѣтенія плодовъ только къ *fructus industriales* или также и къ *fructus naturales* ¹⁾.

Что же касается отношенія добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ, то его право собственности меньше возбуждало вниманія. Первый Савиньи въ своемъ извѣстномъ сочиненіи о владѣнн (въ седьмомъ изданіи стр. 277 и сл.) высказалъ мнѣніе, что добросовѣстный владѣлецъ находится къ плодамъ въ томъ же отношеніи, какъ и къ главной вещи. Какъ при распаденіи вещи на части начинается такое же владѣніе этими частями, какъ и цѣлою вещью, такъ и при отдѣленіи плода отъ вещи, находящейся въ добросовѣстномъ владѣнн, начинается такое же добросовѣстное владѣніе плодомъ. При этомъ не требуется особой *apprehensio possessionis, perceptio*;

¹⁾ Ср. Glück., т. 8, стр. 290 и сл., *Backe, bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat.*

при распаденіи вещи на части *apprehensio*, совершенная прежде относительно цѣлой вещи, какъ и титулъ ея владѣнія, переносится на возникшія части.

Изъ этого видно, что можно было бы заставить добросовѣстнаго владѣльца возвратити неприналежащіе ему плоды посредствомъ виндикаціи наличныхъ и кондикціи цѣнности потребленныхъ плодовъ. Отъ этого римское право освободило добросовѣстнаго владѣльца въ виду потраченной имъ *cultura et cura* на производство плодовъ. Все это, по мнѣнію Савиньи, можно не менѣе ясно доказать, какъ какое бы то ни было положеніе римскаго права, но самъ авторъ теоріи не предпринялъ этого доказательства. Теорію Савиньи литература отвергла, какъ исполнѣ несогласную съ источниками ¹⁾. Главный упрекъ, сдѣланный теоріи Савиньи, состоитъ въ томъ, что онъ даетъ владѣльцу *bonae fidei possessio* плода съ момента *separatio*. „Владѣлецъ долженъ приобрѣтати владѣніе не посредствомъ *apprehensio*, а посредствомъ *separatio*, захватъ владѣнія не имѣетъ значенія (напр., если *separatio* совершена воровъ). Это можно сказать о собственности, но не о давностномъ владѣніи: онъ долженъ приобрѣсть давностное владѣніе, но для этого ненужно, чтобы онъ былъ владѣльцемъ“ ²⁾.

Въ исправленномъ видѣ теорію добросовѣстнаго владѣнія выставилъ Виндшейдъ въ специальномъ сочиненіи „*Ueber das Recht des redlichen Besizers an den Früchten* (въ *Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. F. IV*) и поддерживаетъ его во всѣхъ изданіяхъ своего знаменитаго руководства (Пандекты, § 186), потому что всѣ возраженія противъ его теоріи были основываемы лишь на выраженіяхъ источниковъ, которыя указываютъ на право собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды. Но этого факта Виндшейдъ вовсе не отрицаетъ ³⁾, а только приписываетъ ему другое значеніе, нежели господствующее мнѣніе. Упомянутыя выраженія, по мнѣнію Виндшейда, имѣютъ лишь формальное значеніе, возникшее исторически. Первоначально они означали только то, что добросовѣстный владѣлецъ исполнѣ люерируетъ плоды въ случаѣ ихъ потребленія. Еще и въ дигестахъ есть

¹⁾ Böcking, Pand. § 151, Vangerow, § 326 Anm. 1; Puchta, *Cursus d. Inst. II.* § 242 N. pp.

²⁾ Пухта, Панд. § 166.

³⁾ *Zeitschr. etc.* стр. 83 и сл.; Pand. § 186 пр. 12 и текстъ къ нему.

слѣды этого значенія въ выраженіи *consumptos fructus suos facit*, которое именно указываетъ только на это *lucrum*. Если классическіе юристы характеризуютъ въ другихъ выраженіяхъ отношеніе добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ, какъ право собственности, то это неточно и не имѣетъ матеріальнаго значенія, изъ этого нельзя выводить послѣдствій.

Въ существѣ дѣла добросовѣстному владѣльцу принадлежитъ только право потребленія (*Consumptionsbefugniss*). Въ частности отношенія представляются въ слѣдующемъ видѣ:

Добросовѣстный владѣлецъ имѣетъ плоды въ такой же *bonae fidei possessio*, какъ и главную вещь. Право собственности на плоды принадлежитъ собственнику участка. Поэтому послѣдній можетъ предъявить отдѣльную *rei vindicatio* по поводу плодовъ независимо отъ *rei vindicatio* по поводу главной вещи. Поэтому далѣе нельзя отказать добросовѣстному владѣльцу въ возможности приобрести по давности извлеченные плоды. Въ случаѣ отчужденія плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ, сингулярный преемникъ тоже приобретаетъ послѣдовательно не право собственности, а только давностное владѣніе. Поэтому собственникъ и противъ него можетъ предъявить *rei vindicatio*. Но если влѣдствіе этой *rei vindicatio* третій приобретаетъ приобрѣлъ бы регрессъ противъ добросовѣстнаго владѣльца, и этотъ послѣдній уже потребилъ полученный имъ эквивалентъ, то это было бы нарушеніемъ права потребленія, принадлежащаго добросовѣстному владѣльцу: поэтому въ такихъ случаяхъ *rei vindicatio* не допускается (Пандекты, § 186 пр. 16 и текстъ, *Zeitschr. etc.* стр. 125). Последнее рѣшеніе Виндшейда основано на его понятіи о *consumptio*, какъ потребленія въ натурѣ и въ цѣнности. Изъ этого же значенія *consumptio* выводитъ Виндшейдъ правила обсужденія гражданскихъ плодовъ (ср. выше стр. 35).

Теорія Виндшейда отличается сравнительною несложностью и не отрицаетъ очевидныхъ фактовъ. Въ обоихъ отношеніяхъ ей уступаетъ новѣйшая теорія, оспаривающая право собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды.

Именно Геппертъ (*Ueber die organischen Erzeugnisse*, стр. 320 сл.) считаетъ ненужной уступку, сдѣланную Виндшейдомъ (стр. 321). Мнѣніе, по которому римскіе юристы приписываютъ добросовѣстному владѣльцу право собственности

на плоды, возникло лишь вследствие того, что въ нѣкоторыхъ мѣстахъ юристы выражаются „не совсѣмъ сообразно“ („nicht völlig congruent“), „не избѣгаютъ осторожно неточныхъ выражений“ (стр. 334). Если § 35 I. de rer. div. 2,1, который говоритъ о приобрѣтеніи плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ, помѣщенъ въ ученіе о приобрѣтеніи собственности, то изъ этого можно развѣ заключить, что редакторы сборника сами не ясно понимали вопросъ (doctrinäres Missverständniss). На это указываетъ и помѣщеніе законовъ о правѣ добросовѣстнаго владѣльца на плоды въ титулѣ de acquir. dominio etc. (стр. 332).

Добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ только добросовѣстное владѣніе на плоды съ момента perceptio. Съ этого момента принадлежитъ ему actio Publiciana и давностное владѣніе (347). Но и до perceptio добросовѣстный владѣлецъ пользуется полною защитою. Если separatio совершена противно его интересамъ третьимъ лицомъ, то ему принадлежитъ actio furti и condictio possessionis; если плоды взяты третьимъ лицомъ послѣ separatio, то ему принадлежитъ actio Publiciana и condictio sine causa (стр. 347 и сл.). Поэтому римскіе юристы могли сказать: bonae fidei possessor fructus separatione suos facit, несмотря на то, что ему не принадлежитъ не только право собственности, но даже и владѣніе.

Такъ какъ право собственности принадлежитъ собственнику вещи, то онъ можетъ виндицировать плоды у добросовѣстнаго владѣльца, независимо отъ возможности виндикаціи главной вещи (стр. 352). Въ случаѣ отчужденія плодовъ третье лицо приобрѣтаетъ condicio usucapiendi. Противъ него можетъ собственникъ тогда предъявить rei vindicatio, если оно не имѣетъ регресса противъ добросовѣстнаго владѣльца (стр. 362).

Свою теорію Геспертъ относитъ только къ такому владѣльцу, который имѣетъ владѣніе, годное для давности. Тѣ владѣльцы, которые лишены iustus titulus, обсуждаются, какъ недобросовѣстные владѣльцы (стр. 356). —

Изложенныя теоріи не достигаютъ той цѣли, ради которой онѣ борятся съ противорѣчіями источниковъ. Нельзя не согласиться, что переходъ отъ добросовѣстнаго владѣнія главной вещью къ добросовѣстному владѣнію плодами естественнѣе, чѣмъ переходъ отъ добросовѣстнаго владѣнія вещью къ праву

собственности на плоды. Въ первомъ случаѣ нѣтъ того юридическаго скачка, который замѣчается во второмъ. Точно также возвращеніе плодовъ собственнику вещи вполне естественно, такъ какъ они его собственность. Конструкція кажется простою и ясною. А между тѣмъ именно въ самой конструкціи заключаются такіе недостатки, которые дѣлають ее вполне несостоятельною.

Если мы предположимъ, что римское право даетъ добросовѣстному владѣльцу не право собственности на плоды, а только *b. f. possessio* съ правомъ потребления и только это означаютъ выраженія *fructus eius sunt, fructus suos facit* и т. п., то вѣдь Виндшейдъ не отрицаетъ, что это отношеніе приписывается добросовѣстному владѣльцу съ момента *separatio*. Но *bonae fidei possessio* не можетъ начаться безъ приобрѣтенія владѣнія (*perceptio*). Отсюда видно, что его теорія несостоятельна, потому что не можетъ конструировать предположеннаго отношенія добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ съ того времени, съ какого оно существуетъ. О замѣчаніи Гепперта, будто источники употребляютъ выраженіе *fructus suos facit etc.* уже въ виду возможности *condictio possessionis* и *actio furti*, излишне здѣсь распространяться.

Точно также только повидимому удачна конструкція возвращенія *fructus extantes*. Въ самомъ дѣлѣ, между *fructus extantes*, по предыдущимъ теоріямъ, нѣкоторые окажутся приобрѣтенными по давности. Какое основаніе возвращенія этихъ *fructus extantes*? Такимъ образомъ приходится произвольно ограничить римское правило и установить, что возвращаются лишь тѣ *fructus extantes*, которые еще не узурпированы.

Что приведенныя теоріи противорѣчатъ не только выраженіямъ римскихъ юристовъ, а и матеріальному римскому праву, мы доказали въ догматической части изслѣдованія.

§ 15. b. Вторая группа (Vangerow и Brinz).

Эти теоріи тоже конструируютъ право добросовѣстнаго владѣльца на плоды изъ его права на главную вещь. Но онѣ признають право собственности на плоды, поэтому ихъ попытки устремлены на возведеніе отношенія добросовѣстнаго владѣльца къ главной вещи до такого права, изъ котораго

можно было бы произвести право собственности на плоды, т.-е. до права собственности.

Вангеровъ достигаетъ этого посредствомъ фикціи. Именно, онъ называетъ добросовѣстнаго владѣльца фиктивнымъ собственникомъ (P. I. § 303), ссылаясь на то, что и другія его права, а именно самое важное, *actio Publiciana*, основаны на фикціи права собственности (*fingitur rem usucerpisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo . . . Gai. IV. 36*). „Отсюда необходимо слѣдуетъ, что за нимъ, пока эта фикція существуетъ, должны быть признаны права собственности. Въ частности сюда относится право приобрѣтенія плодовъ, и при томъ не слѣдуетъ ему приписывать на плоды также только фиктивное право собственности, напротивъ, именно вслѣдствіе той фикціи, послѣднее должно быть дѣйствительнымъ, настоящимъ правомъ собственности. Совершенно аналогично, какъ въ классическомъ правѣ такъ наз. бонитарный собственникъ—именно потому, что его *in bonis habere* давало матеріальныя права собственности—приобрѣталъ на плоды своей вещи не бонитарное только, а *suppositis supponendis* полное квинтское право собственности, точно также должно было опредѣлиться положеніе добросовѣстнаго владѣльца“ (Pandekten, I § 326 Anm. 2a).

Теорію фиктивной собственности защищалъ также Тигерштремъ¹⁾, но въ болѣе невинномъ смыслѣ. Онъ называетъ добросовѣстнаго владѣльца тоже фиктивнымъ собственникомъ. На основаніи фиктивнаго права приобрѣтенія плодовъ, заключающагося въ понятіи фиктивной собственности, даетъ Тигерштремъ добросовѣстному владѣльцу право собственности на плоды—но тоже фиктивное, т.-е. опять *bonae fidei possessio*. Отъ такой фикціи добросовѣстному владѣльцу меньше пользы, чѣмъ отъ фикціи Вангерова, которая даетъ добросовѣстному владѣльцу дѣйствительную собственность.

Тѣ же конструктивныя цѣли, что и теорія Вангерова, преслѣдуетъ теорія бонитарной собственности Бринца. Ради курьеза интересно упомянуть, что и Бринць имѣлъ такого

¹⁾ Tigerström, Die bonae fidei possessio oder das Recht des Besitzes. §§ 9—14.

же предшественника въ лицѣ Янке ¹⁾, какъ Вангеровъ въ лицѣ Тигерштрема. Янке называетъ добросовѣстнаго владѣльца бонитарнымъ собственникомъ (стр. 26, 27). Какъ такому, ему, конечно, не трудно приписать и право собственности на плоды; какъ болѣе слабое право собственности, оно уступаетъ квинритской собственности, и это легко объясняетъ, почему квинритскій собственникъ можетъ достигнуть возвращенія вещи и существующихъ еще плодовъ посредствомъ квинритской *rei vindicatio*. Но напрасно радовались бы добросовѣстные владѣльцы этой теоріи. Въ результатѣ оказывается, что право добросовѣстнаго владѣльца на плоды есть такая же бонитарная собственность, какъ и на главную вещь, т.-е. опять *bonae fidei possessio* (стр. 63).

Болѣе серьезное значеніе имѣетъ теорія Бринца (*Zum Recht der bonae fidei possessio* 1875; *Pandekten I § 145*). Бринцъ исходитъ изъ того, что „изъ несобственности на вещь нѣтъ перехода къ собственности на плоды“ (*P. § 145*). „Но для Римлянина не только т. н. бонитарная собственность, но и *b. f. possessio* представляютъ *in bonis habere*; слѣдовательно, *b. f. p.* есть не несобственность, а неполная (*plenum*) собственность, можно сказать, только собственность со стороны полезности (*Nutzeigenthum*) въ отличіе отъ ея юридической стороны. Съ этой точки зрѣнія право собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды не нуждается само въ объясненіи, а есть еще одно основаніе и доказательство въ пользу того, что *b. f. possessor* не есть просто несобственникъ, а подобно т. н. бонитарному собственнику „бонитаръ“ („*Bonitarius*“). Ясно, что и почему ему принадлежитъ въ отношеніи приобрѣтенія плодовъ *idem ius quod dominis* и притомъ съ исключеніемъ правъ собственника, а также что ему, менѣе сильному, подверженному виндикаціи со стороны *dominus* и уступающему предъ этимъ искомъ бонитару, это право принадлежитъ не такъ полно, какъ собственнику, если послѣдній имѣетъ въ то же время вещь *in bonis*; ибо виндикація влечетъ за собою возвращеніе не только самой вещи, но и *fructus extantes...*; только то, что онъ *bona fide* потребилъ, остается ему. Если тѣмъ не менѣе говорится, что онъ *fr. consumptos*

¹⁾ Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers, стр. 19 сл.

просто локурируетъ, то это оправдывается тѣмъ, что онъ процессуально, по каноническому праву даже матеріально, вслѣдствіе *mala fides superveniens* не является уже больше добросовѣстнымъ владѣльцемъ“. Относительно *titulus verus* или *putativus* и относительно обсуждения *fructus civiles* Бринцъ даетъ отвѣты нерѣшительные (Р. § 153).

Что касается теорій Тигерштрема и Янке, то онѣ не нуждаются въ критическихъ замѣчаніяхъ. Практическій результатъ ихъ теорій въ сущности тотъ же, что и теорій Савиньи, Виндшейда и Гепперта, но получается несравненно болѣе удобнымъ методомъ. Въмѣсто того, чтобы тратить много усилій и остроумія на устраненіе противорѣчій источниковъ, Тигерштремъ и Янке могутъ даже опираться на выраженія источниковъ въ ихъ буквальномъ смыслѣ. Только надо понимать источники въ фиктивномъ смыслѣ. Названные авторы исходятъ изъ фикціи, какъ основанія теоріи, опираются на положенія источниковъ, какъ на фиктивныя, и приходятъ къ фиктивному результату, нулемъ начинаютъ и тѣмъ же кончаютъ. Этотъ методъ во всякомъ случаѣ безвреднѣе, нежели методъ признанія противорѣчащихъ мѣстъ интерполированными.

Иное значеніе имѣютъ теоріи Вангерова и Бринца, которыя ведутъ къ признанію дѣйствительнаго права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды и понимаютъ источники не въ фиктивномъ смыслѣ. Въ ихъ теоріяхъ только одна посылка есть фикція. Вангеровъ называетъ *bonae fidei possessio* фиктивной собственностью просто, Бринцъ сообщаетъ этой фикціи особое названіе. Фикція Вангерова въ томъ отношеніи удобнѣе, что она объясняетъ не только приобрѣтеніе плодовъ, но и *actio Publiciana*, въ формулѣ которой дѣйствительно находится фикція собственности. Фикція Бринца служитъ лишь одной спеціальной цѣли, конструкціи права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды (*Nutzeigenthum*).

Мы не будемъ заниматься доказательствомъ, что источники совсѣмъ не знаютъ понятія бонитара, какъ его понимаетъ Бринцъ, и что фикція Вангерова не имѣетъ ничего общаго съ процессуальною преторскою фикціею въ *actio Publiciana*; точно также мы лишь ниже увидимъ, что источники оправдываютъ право собственности добросовѣстнаго владѣльца не фикціями и вообще не юридическими конструкціями, а

практическими соображеніями или трудомъ, потраченнымъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ на *cura et cultura* плодовъ, и, слѣдовательно, сами не считаютъ его результатомъ юридической послѣдовательности. Наконецъ, уже изъ предыдущаго изложенія видно, что частности теоріи Бринца относительно *bona fides* и *titulus* истекаютъ изъ ошибочнаго представленія о приобрѣтеніи плодовъ, какъ о дѣвшемся правоотношеніи, состояннн, аналогичномъ съ *condicio usucapiendi*, а сомнѣнія о гражданскихъ плодахъ изъ отсутствія научнаго опредѣленія понятія *fructus extantes*.

Независимо отъ всѣхъ возможныхъ возраженій съ точки зрѣнія источниковъ, теоріи Вангерова и Бринца не достигаютъ своей главной цѣли, юридической констругціи института. Нельзя не согласиться, что юридическій скачокъ отъ *bonae fidei possessio* главной вещи къ праву собственности на плоды больше, чѣмъ отъ фиктивной или бонитарной собственности, но въ логикѣ и юриспруденціи малый скачокъ такъ же за-прещается, какъ и большой. Констругція приобрѣтенія собственности не только неудачна, но, главное, создаетъ непреодолимые препятствія для объясненія другой части института, *restitutio fr. extantium*. Если мы предположимъ, что право собственности добросовѣстнаго владѣльца не истекаетъ изъ высшихъ юридическихъ принциповъ, дано ему независимо отъ юридической послѣдовательности, то ничего чрезвычайнаго не заключаетъ въ себѣ и ограниченіе этого подареннаго права собственности обязательствомъ возвращенія *fructus extantes*. Если же вмѣстѣ съ Вангеровомъ и Бринцомъ найдемъ, что право собственности на плоды истекаетъ изъ юридической послѣдовательности, истекаетъ, напр., изъ права собственности на главную вещь со стороны ея полезности, то обязанность возвращенія *fructus extantes* представляетъ произвольное нарушеніе юридической послѣдовательности, требующее объясненія. Такогого не даетъ замѣчаніе Бринца, что право добросовѣстнаго владѣльца на главную вещь слабѣе правъ предьявляющаго виндикацію *dominus*. Это объясняетъ только возвращеніе главной вещи. Относительно плодовъ, напротивъ, добросовѣстный владѣлецъ имѣетъ болѣе сильное право, чѣмъ собственникъ, онъ имѣетъ полную и дѣйствительную собственность, а *dominus* никакихъ правъ. Констругція Бринца объяснила бы возвращеніе плодовъ, если

бы признать за добросовѣстнымъ владѣльцемъ и на плоды только бонитарное право, т.-е. опять только *bonae fidei possessio*, результатъ, который получилъ Янке.

Къ этой же группѣ относится и теорія презумптивной собственности, т.-е. теорія, по которой *b. f. p.* приобретаетъ плоды какъ предполагаемый собственникъ. Презумпція вообще весьма распространенное средство юр. конструкціи въ новой литературѣ, а въ области владѣнія презумпція собственности исполняетъ различныя теоретическія функціи. Какъ извѣстно, есть теоріи, объясняющія и институтъ защиты владѣнія (какъ добросовѣстнаго, такъ и недобросовѣстнаго) презумпціей права собственности (передѣланное и исправленное изданіе такой теоріи представляетъ и новѣйшая теорія защиты владѣнія Іеринга). Объясненіе приобрѣтенія плодовъ презумпціей права собственности на главную вещь страдаетъ тѣми же недостатками, что и предыдущія теоріи, и сверхъ того возбуждаетъ еще вопросъ, почему дѣйствительный собственникъ, доказавъ свое право и разрушивъ такимъ образомъ ошибочную презумпцію, не можетъ потребовать отъ владѣльца всѣхъ извлеченныхъ имъ плодовъ (*ext. и consumpti*). Теоріи презумптивной собственности придерживается между прочими Glück (ср. ниже).

§ 16. с. Третья группа (Glück, Marezoll, Köppen).

Писатели этой группы не столько занимаются конструкціей права добросовѣстнаго владѣльца на плоды изъ его отношенія къ главной вещи, сколько главнымъ образомъ объясненіемъ обязанности возвращать *fructus extantes* особымъ характеромъ права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды. Они ищутъ конструкцій въ выраженіяхъ *fructus consumptos suos facit, fructus interim suos facit*.

Глюкъ ¹⁾ слѣдующимъ образомъ резюмируетъ свое ученіе:

„Если такимъ образомъ добросовѣстный владѣлецъ, пока къ нему никто не предъявляетъ претензій и его *bona fides* продолжается непрерывно, приобретаетъ плоды подобно собственнику, то этого нельзя понимать въ томъ смыслѣ, будто онъ приобретаетъ сразу окончательное, безповоротное (*unwiderufliches*) право собственности на плоды посредствомъ *per-*

¹⁾ Erläuterung der Pandekten, 8 стр. 276 и сл.

sertio. Нѣтъ, право собственности, которое ему даютъ на плоды законы, какъ презумптивному собственнику главной вещи, есть лишь временное, отмѣняемое право вслѣдствіе болѣе сильнаго права предъявляющаго впоследствии претензіи дѣйствительнаго собственника. Павелъ ясно выражаетъ это въ словахъ: *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus ex aliena re suos interim facit* ¹⁾. Поэтому для того, чтобы добросовѣстный владѣлецъ былъ свободенъ отъ возмѣщенія плодовъ, извлеченныхъ до процесса, должно присоединиться еще особое юридическое основаніе, по которому приобрѣтеніе плодовъ сдѣлалось бы неотмѣняемымъ. Такое основаніе заключается въ *usucapio* или *consumptio* ²⁾.

Напротивъ, если добросовѣстный владѣлецъ отчуждаетъ плоды третьему лицу, то послѣдній получаетъ сразу безповоротное право собственности (стр. 278).

Подробнѣе защищаетъ теорію отмѣняемой собственности Марецолль ²⁾. Приобрѣтеніе плодовъ выводитъ Марецолль изъ понятія *bona fides*, какъ честнаго, основаннаго на *iustus titulus*, убѣжденія владѣльца, что никто не имѣетъ лучшаго права на вещь, нежели онъ. Нельзя возложить ответственности за обращеніе съ чужою вещью, какъ со своею, въ частности за распоряженіе ея плодами и ихъ потребленіе на того, кто думалъ, что вещь принадлежитъ ему. „Поэтому приобрѣтающій плоды имѣетъ права собственника отдѣленныхъ плодовъ, потому что онъ былъ *in bona fide* во время *separatio*; поэтому въ частности имѣетъ онъ право потреблять плоды, какъ собственникъ, и свободенъ отъ ответственности за это. Но эти права принадлежатъ ему лишь до тѣхъ поръ, пока онъ непрерывно находится *in bona fide*. Ибо его право на плоды есть ничто иное, какъ *b. f. possessio*, которой законы временно (*interimistisch*) придаютъ дѣйствіе дѣйствительнаго права собственности. Поэтому все отношеніе измѣняется въ тотъ моментъ, когда прекращается эта *bonae fidei possessio*, т.-е. когда владѣлецъ узнаетъ, что онъ не былъ собственникомъ главной вещи и слѣдовательно не имѣлъ права присваивать себѣ плоды ея.

Въ этотъ же моментъ не только прекращается для него

¹⁾ l. 48 pr. D. de acquir. dom.

²⁾ Въ Zeitschr. für Civilrecht und Prozess 18 стр. 211 сл.

возможность на будущее время приобретать посредством *separatio* новые плоды, но также прекращается съ момента отпаденія своего первоначальнаго основанія, *bona fides*, и его временное право собственности на отдѣленные уже плоды, если прекращеніе прежняго юридическаго основанія не сдѣлано безвреднымъ посредствомъ *consumptio*, наступившей въ промежуточное время. Впрочемъ, такъ какъ право потребленія плодовъ является естественнымъ слѣдствіемъ временнаго права собственности, обусловленнаго продолженіемъ *bona fides*, то и потребленіе освобождаетъ добросовѣстнаго владѣльца лишь въ томъ случаѣ отъ всякой отвѣтственности и будущей обязанности возвращенія по отношенію къ собственнику главной вещи, если онъ потребилъ плоды дѣйствительно въ качествѣ добросовѣстнаго владѣльца. Слѣдовательно плоды должны быть *bona fide* извлечены и равнымъ образомъ *bona fide* потреблены для того, чтобы наступило явленіе, которое римляне называютъ *fructus consumptos suos facere*, или *fructus lucrari*“ (стр. 229—230). Основаніемъ освобожденія добросовѣстнаго владѣльца отъ отвѣтственности за плоды признаетъ Марецолль также *usucapio*, которая имѣетъ значеніе не пріобрѣтенія собственной вещи, а превращенія временной собственности въ окончательную.

Кромѣ потребленныхъ и узукапированныхъ прочіе плоды можетъ собственникъ востребовать посредствомъ особой виндикаціи, потому что его искъ превращаетъ добросовѣстнаго владѣльца въ недобросовѣстнаго, что производитъ прекращеніе его права собственности и пріобрѣтеніе этого права со стороны собственника участка (стр. 233 и сл.).

Ту же теорію въ болѣе сложномъ видѣ предлагаетъ Кешпъ ¹⁾:

„Правомѣрный (титолованный) владѣлецъ съ момента *separatio* дѣлается собственникомъ плодовъ, но онъ пріобрѣтаетъ право собственности сначала провизорно (*suos interim facit*): ибо отъ него пріобрѣтаетъ это право собственности въ то же время *dominus* подъ условіемъ, что онъ виндицируетъ плоды, прежде чѣмъ ихъ потребить добросовѣстный владѣлецъ. Это условное пріобрѣтеніе даетъ ему развивающуюся собственность (*in der Bildung begriffenes Eigenthum*):

¹⁾ Köppen, der Fruchterwerb des bonae fidei possessor (1872).

вслѣдствіе исполненія условія она дѣлается обратно законченною, совершенною (*perfect*), а провизорное право собственности добросовѣстнаго владѣльца обратно уничтожается; вслѣдствіе неисполненія условія начавшееся для *dominus* право собственности обратно уничтожается, а провизорное право собственности добросовѣстнаго владѣльца дѣлается обратно окончательнымъ (*fructus consumptos suos facit; fructus, quos percepit, eius sunt*).

Слѣдовательно *b. f. possessor* имѣетъ право собственности, *quod abire speratur, si condicio extiterit*, какъ *tradens* въ случаѣ условной *traditio*; начавшееся для *dominus* приобрѣтеніе собственности производить для него (*b. f. possessor*) начавшуюся потерю собственности, которая *in pendenti est*. Этимъ не исключается его *plenum ius*, пока еще условіе не исполнилось.

Поэтому въ промежуточное время ему принадлежать всѣ права собственника. Но если наступленіе условія обратно уничтожить его временное право собственности, то всѣ его вещныя распоряженія дѣлаются *ab initio* ничтожными, и всѣ не предъявленные имъ еще или не рѣшенные еще иски принадлежать теперь собственнику; обратное уничтоженіе не оказываетъ вліянія только на рѣшенные иски, потому что оно никогда не относится къ оконченнымъ правоотношеніямъ.

Въ силу своего условнаго права собственности рядомъ съ добросовѣстнымъ владѣльцемъ можетъ дѣлать вещныя распоряженія и *dominus*, какъ въ случаѣ условной передачи. Установленные имъ *iura in re* возникаютъ, какъ условныя, и дѣлаются по отношенію къ истребованнымъ посредствомъ *vindicatio fructus extantes* обратно безусловными съ момента установленія, потому что право собственности установившаго дѣлается обратно безусловнымъ *ex die separationis*, напротивъ, по отношенію къ *fructus consumpti* установленныя вещныя права обратно уничтожаются, потому что *consumptio* обратно уничтожаетъ начавшееся для *dominus* право собственности, и поэтому теперь плоды никогда не принадлежали къ его имуществу“ (*die Früchte jetzt niemals zu dessen Vermögen gehört haben*, стр. 76, 77, 78) ¹⁾.

¹⁾ Теоріи временной собственности слѣдуетъ также Huschke (*Arch. f. civ. Pr.* 63, стр. 445); къ ней присоединился и Pfersche (*Privatr. Abh.* стр. 74).

Этимъ послѣдовательнымъ и точнымъ изложеніемъ своей теоріи авторъ, между прочимъ, самъ лучше всего обнаруживаетъ, какія затрудненія возникли бы для гражданскаго оборота изъ его теоріи и теорій его предшественниковъ. Его изложеніе представляетъ картину юридическихъ осложненій, процессовъ и регрессовъ, которые являются послѣдствіемъ теоріи временной собственности.

Подробное и основательное опроверженіе этой теоріи сдѣлано уже Вальдекомъ ¹⁾; онъ справедливо указываетъ, что *rei vindicatio* предполагаетъ уже существующую собственность, а не служитъ условіемъ прекращенія и возникновенія собственности, что *mala fides superveniens* можетъ имѣть дѣйствіе только на будущее, а не на прошедшее время, что единственная опора изложенныхъ теорій, слово *interim* въ выраженіи *suos interim facit*, указываетъ на обязанность возвращенія, а не на поворотность собственности ²⁾ и т. д.

§ 17. 2. ТЕОРІЯ ИНТЕРПОЛЯЦІЙ.

Историческая теорія, по которой всѣ мѣста институцій и дигестовъ, подтверждающія ограниченіе *lucrum* добросовѣстнаго владѣльца потребленными плодами, интерполированы редакторами юстиніанова свода, была предложена Чиляржомъ ³⁾ въ 1887 г., какъ новое открытіе, и имѣла большой успѣхъ въ романистической литературѣ. Такъ, напр., къ ней присоединились всѣ три авторитетные берлинскіе романисты: Eck (въ своей рецензій на изслѣдованіе Чиляржа), Dernburg (въ своемъ учебникѣ), Pernice (въ *Labeo*). На самомъ дѣлѣ эта теорія проводилась уже много раньше другими романистами, но не оказала прежде вліянія на литературу и была забыта, такъ что теорія Чиляржа самимъ авторомъ и его послѣдователями была сочтена новостью. Если не ошибаемся, первымъ авторомъ теоріи, по которой *restitutio fructuum extantium* является позднѣйшимъ нововведеніемъ, былъ Th. Zachariä въ своемъ учебникѣ институцій ⁴⁾ (1816 г.). Дальнѣйшимъ ея пред-

¹⁾ Waldeck въ *Arch. f. civ. Pr.* 57; ср. также Czychlarz, стр. 503 и сл.

²⁾ Ср. Czychlarz стр. 505.

³⁾ Въ продолженіи комментара Glück'a. *Serie der Bücher* 41 и 42, стр. 469 и сл.

⁴⁾ Th. Zachariä, *Institutionen des röm. Rechts*, стр. 286 и сл.

ставителемъ былъ Pellat ¹⁾, который приписываетъ нововведение—*restitutio fructuum extantium*—рескрипту Діоклеціана и Максиміана (l. 22 C. de R. V. 3, 32). Мысли Zachariä и Pellat нашли ревностнаго послѣдователя въ русской литературѣ въ лицѣ Кремлева, который ея развитію и защитѣ посвятилъ свою докторскую диссертацию: „Сепарація какъ способъ приобрѣтенія права собственности добросовѣстнымъ владѣльцемъ по классическому праву“, 1868 г. Независимо отъ этихъ предшественниковъ гипотезу интерполяцій защищала Alibrandi въ своей *Teoria del possesso secondo il diritto Romano* (1871 г., Roma, стр. 134 и сл.). Но, какъ сказано выше, распространенія и значенія въ романистической наукѣ теорія эта достигла лишь благодаря изслѣдованію Чиляржа, что, по нашему мнѣнію, объясняется не только талантливостью его изслѣдованія и большимъ научнымъ авторитетомъ автора, но и тѣмъ обстоятельствомъ, что его взглядъ соотвѣтствуетъ направленію и симпатіямъ современнаго романизма. Послѣднее время для романистической науки является эрою интерполяцій. Между тѣмъ какъ прежде теоріи, основанныя на предположеніи иного, нежели наличный, первоначальнаго текста, должны были считаться съ достоюльнымъ скептицизмомъ и принимались только въ случаѣ т. ск. крайней необходимости или положительнаго доказательства, въ послѣднее время интерполяціонныя теоріи появляются въ несмѣтномъ количествѣ и встрѣчаютъ благопріятный приѣмъ подчасъ даже въ томъ случаѣ, когда онѣ въ свою пользу не приводятъ никакихъ доказательствъ, кромѣ „чутья“ автора. Открытіе интерполяцій путемъ особаго филологическаго или иного „обонянія“ безъ иныхъ доводовъ и данныхъ считается даже подчасъ признакомъ особенно тонкаго знанія и пониманія источниковъ и ихъ духа и стиля. Не удивительно, что при господствѣ такого теченія предложеніе Чиляржа, подробно и остроумно имъ обоснованное и рѣшающее исторически головоломную загадку нашего иначе, повидимому, необъяснимаго и страннаго института, встрѣтило большое сочувствіе и общее одобреніе. Точно также естественно, что моя полемика противъ теоріи Чиляржа, которая т. ск. плыла противъ об-

¹⁾ Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, 1853 г., стр. 306 и сл.

щаго интерполяціоннаго теченія и направлялась *in concreto* противъ теоріи, недавно признанной авторитетнѣйшими романистами, не могла разсчитывать на общее согласіе. Хотя изъ критикъ, появившихся по поводу „Fruchtvertheilung“, только рецензія Oertmann'a заключаетъ возраженія противъ моего отрицательнаго отношенія къ интерполяціонной теоріи и защиту теоріи Чиларжа (впрочемъ, въ нѣсколько модифицированномъ видѣ, а именно, въ той формѣ, въ какой ее ввелъ въ свой знаменитый учебникъ Дербургъ) и хотя эту защиту постигла оригинальная и своеобразная неудача, а именно, Дербургъ въ 4-омъ изданіи своего учебника зачеркнулъ почти цѣликомъ изложеніе третьяго изданія, основанное на изслѣдованіи Чиларжа и усердно защищаемое противъ меня Эртманомъ, и помѣстилъ новое изложеніе, основанное на моемъ изслѣдованіи, тѣмъ не менѣе интерполяціонную теорію еще далеко нельзя считать успѣшно устраненною ¹⁾. А именно, недавно появилась весьма энергичная, подробная и убѣжденная защита ея противъ моихъ возраженій, написанная авторитетнѣйшимъ изъ живущихъ теперь представителей исторіи римскаго гражданскаго права—Пернисомъ (Labeo II В. 1-te Abth., 2-е изданіе, 1895 г., стр. 356 и сл.).

Въ виду этого въ настоящемъ, русскомъ изданіи моего изслѣдованія я принужденъ не только сохранить въ полномъ видѣ критику интерполяціонной теоріи, но и расширить ее „опроверженіемъ“ высказанныхъ противъ нѣмецкаго изложенія „возраженій“, хотя такимъ образомъ этому вопросу придется, какъ мнѣ кажется, удѣлить много больше мѣста, чѣмъ онъ по существу своему и дѣйствительному научному значенію заслуживаетъ ²⁾. При этомъ въ основаніе изложенія по-

¹⁾ Какъ это, напр., предполагалъ Hellmann въ упомянутой выше критикѣ моей „Fruchtvertheilung“ въ *Krit. V. Jahresschrift. N. F. XVII*: „И вотъ Пегражидцій показываетъ, по моему мнѣнію, съ успѣхомъ, что объ интерполіаціи рѣчи быть не можетъ, и опровергаетъ также и позитивныя доказательства Чиларжа на основаніи реферированнаго мною выше догматическаго изложенія. Кромѣ того П. совершенно справедливо обращаетъ вниманіе на то, что было бы непонятно, почему императорское законодательство должно было бы сдѣлать шагъ назадъ . . . etc.“, стр. 86.

²⁾ Вообще крайнее размноженіе въ новѣйшее время предположеній интерполіацій ведетъ къ тому, что при изслѣдованіи почти всякаго ученія римскаго права приходится считаться съ мелочнымъ, но тяжелымъ балластомъ интерполіаціонныхъ теорій и терять время и мѣсто на ихъ разсмо-

ложена опровергаемая теорія въ томъ видѣ, въ какомъ ее выставилъ Чиляржъ ¹⁾).

тѣмъ же въ ущербъ болѣе серьезнымъ и важнымъ вопросамъ. Это вынужденное занятіе тѣмъ неблагоударице, что обыкновенно теоріи эти столь же мало поддаются опроверженію, какъ и положительному доказательству. Какъ, напр., опровергнуть „чутье“ интерполяціи, или указаніе, что стиль даннаго мѣста „подозрителенъ“ и т. п. Въ нашемъ случаѣ, впрочемъ, вопросъ объ интерполяціи поставленъ сравнительно гораздо научнѣе и основательнѣе, чѣмъ во многихъ другихъ случаяхъ.

¹⁾ Pernice, какъ онъ самъ замѣчаетъ на стр. 357, ничего существенно новаго въ постановку вопроса не вноситъ, а ограничивается полемикою противъ моихъ возраженій теоріи Чиляржа. Что же касается ученій Zachariä, Pellat и Alibrandi, то они въ виду новѣйшей литературы по вопросу о приобрѣтеніи плодовъ и въ частности въ виду изслѣдованія Чиляржа и послѣд. литературы являются въ значительной степени устарѣвшими. Къ тому же интерполяціонная теорія достигла успѣха и значенія въ литературѣ благодаря сочиненію Чиляржа и въ томъ видѣ, въ какомъ она изложена въ этомъ сочиненіи. Уже потому мы принуждены главнымъ образомъ считаться съ Чиляржомъ, а не съ его предшественниками.

Предыдущія замѣчанія о предшественникахъ Чиляржа относятся и къ сочиненію Кремлева. Послѣднее обнаруживаетъ весьма подробное и основательное знакомство съ литературой и источниками, а равно критическое къ нимъ отношеніе и вообще представляетъ выдающееся, прекрасное для своего времени (1868 г.) изслѣдованіе. Но при теперешнемъ положеніи вопроса избрать его основнымъ и центральнымъ предметомъ литературнаго нападенія и опроверженія было бы до извѣстной степени анахронизмомъ. Между прочимъ изъ приведеннаго выше (стр. 33 пр.) замѣчанія уже видно, что основнымъ вопросомъ, интересующимъ Кремлева, является вопросъ вѣчнаго права. Цѣлью его сочиненія является доказательство безповоротности права собственности владѣльца на плоды въ классическомъ правѣ. При современномъ же состояніи литературы не этотъ собственно вопросъ можетъ быть предметомъ споровъ и сомнѣній (и Чиляржъ и его сторонники не приписываютъ праву собственности владѣльца иныхъ свойствъ по классическому праву, нежели по праву юстиніанову); сомнѣнія и полемика касаются только обязательственныхъ отношеній.

Особаго рода аргументомъ въ пользу интерполяціонной теоріи является то обстоятельство, что различные изслѣдователи различнымъ путемъ и независимо другъ отъ друга пришли къ убѣжденію въ неподлинности теперешняго текста относящихся къ нашему вопросу мѣстъ въ Дигестахъ и Институціяхъ. Въ виду этого и по поводу нѣкоторыхъ другихъ обстоятельствъ считаемъ нужнымъ здѣсь особо упомянуть, что Кремлевъ не приписываетъ своему изслѣдованію значенія самостоятельнаго открытія новой теоріи, цитируетъ своихъ предшественниковъ (стр. 43 и passim) и ссылается преимущественно на Pellat (отчасти и на Zachariä), теорія котораго главнымъ образомъ является предметомъ его защиты.

Этимъ, само собою разумѣется, мы вовсе не имѣемъ въ виду выразить

Чиляржъ исходитъ изъ того положенія, что невозможно найти никакого разумнаго оправданія института приобрѣтенія плодовъ въ томъ видѣ, какъ онъ изложенъ въ *Corpus iuris*. Невозможно найти разумнаго объясненія, почему римское право одною рукою дало добросовѣстному владѣльцу право собственности на всѣ плоды, а другою отняло истекающія отсюда выгоды, установивъ обязанность возвращенія *fructus extantes* (стр. 506—526). Это загадочное явленіе, для котораго нѣтъ никакой аналогіи въ всей системѣ римскаго права, можно объяснить лишь исторически. Обязанность возвращенія *fructus extantes* установлена лишь императорскимъ законодательствомъ, она была „прицѣплена къ институту, какъ матеріальное ограниченіе прибрѣтенія права собственности на плоды, каковая реформа выразилась въ интерполяціи почти всѣхъ сюда относящихся мѣстъ“ (стр. 526).

Классическое право не знало этой искусственной и необъяснимой комбинаціи; въ классическомъ правѣ добросовѣстный владѣлецъ прибрѣталъ плоды безъ всякихъ ограниченій. Основаніемъ его прибрѣтенія была не какая либо *ratio iuris*, а справедливое вниманіе къ положенію добросовѣстнаго владѣльца (стр. 537), котораго онъ заслуживаетъ именно вслѣдствіе своей *bona fides* (542. 522).

Основная мысль введеннаго императорскимъ законодательствомъ ограниченія правъ добросовѣстнаго владѣльца заключалась въ томъ, что онъ не долженъ ничего возмѣщать изъ доходовъ, извлеченныхъ имъ до *litis contestatio*, но долженъ выдать все то, что у него еще находится. Въ этомъ нѣтъ никакого обремененія, а только лишеніе выгоды, которую бы добросовѣстный владѣлецъ извлекъ насчетъ собственника (стр. 564). Но и эта выгода не была отнята вполне, а только лишь въ размѣрѣ *fructus extantes* по практическимъ соображеніямъ. Если бы требовать возвращенія всего обогащенія, то пришлось бы наводить справки, вести доказательства обогащенія и т. д., вообще производить дѣйствія, которыя не находятся ни въ какой связи съ *rei vindicatio* главной вещи; поэтому практическія основанія заставили остановиться на

какой-либо упрекъ по адресу Чиляржа, который, конечно, самъ не зная, что большинство приводимыхъ имъ положеній и аргументовъ уже высказаны были въ сочиненіяхъ Pellat и Zachariä.

fructus extantes. Что у недобросовѣстнаго владѣльца можетъ быть отнято посредствомъ особой *rei vindicatio*, то должна обнять въ случаѣ добросовѣстнаго владѣнія по крайней мѣрѣ *rei vindicatio* главной вещи; напротивъ, что въ случаѣ недобросовѣстнаго владѣнія служить предметомъ *condictio (fructus consumpti)*, то должно остаться въ пользу добросовѣстнаго владѣльца (стр. 565. 566).

Прежде, чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію доказательствъ, которыя Чиларжъ приводитъ въ пользу этой теоріи, уже теперь замѣтимъ, что она возбуждаетъ большое сомнѣніе.

Несомнѣнно предоставленіе правъ на плоды добросовѣстному владѣльцу, т.-е. лишеніе собственника соотвѣстныхъ правъ, служить къ обезпеченію гражданскаго оборота, это есть ограниченіе строгаго *dominium* въ пользу гражданскаго оборота¹⁾. Въ этомъ отношеніи историческое развитіе необходимо и естественно проявляется въ одинаковомъ направленіи. Съ развитіемъ гражданскаго оборота развиваются и соотвѣстные ограниченія безусловной строгой собственности. Такъ было и въ римскомъ правѣ. Развитіе свободнаго вида бонитарной собственности насчетъ *dominium ex iure Quiritium*, *actio Publiciana*, *exceptio rei venditae et traditae* etc. представляютъ симптомы въ этомъ направленіи. Не говоря уже о постепенномъ развитіи значенія добросовѣстнаго владѣнія насчетъ строгаго *dominium*, мы находимъ несомнѣныя указанія, что и права добросовѣстнаго владѣльца относительно приобрѣтенія плодовъ усилились постепенно насчетъ собственности. Папиніанъ (въ *l. 44 pr. D. de usuc. 41, 3*) прямо указываетъ на развитіе гражданскаго оборота, какъ на причину возникновенія правъ добросовѣстнаго владѣльца на приобрѣтенія рабовъ. Изъ его словъ можно заключить, что если бы *agrogatio* сдѣлалась распространеннымъ явленіемъ, то и путативному усыновителю относительно приобрѣтеній путативнаго усыновленнаго сообщили бы тѣ же права, что и добросовѣстному владѣльцу раба. Ниже мы увидимъ, что первоначально добросовѣстный владѣлецъ приобрѣталъ лишь плоды, произведенные собственнымъ трудомъ. Въ правѣ Юстиніана онъ несомнѣнно приобрѣтаетъ всѣ плоды. Первоначально институтъ относился только къ владѣнію въ видѣ собствен-

¹⁾ Въ чемъ здѣсь заключается существо этого обезпеченія, ср. ниже.

ности, позднѣ онъ распространился на прочія путативныя вещныя права пользования.

Съ этой точки зрѣнія теорія Чиляржа хочетъ доказать, по нашему мнѣнію, странное и мало вѣроятное явленіе. Въ императорскій періодъ, когда территория государства достигла громаднаго объема, когда сношенія развились до небывалыхъ прежде размѣровъ, когда люди заключали куплю и другія сдѣлки приобрѣтенія не со знакомыми немногими гражданами малаго города Рима предъ всѣмъ городомъ или его представителями, а часто съ людьми совершенно чужими, говорящими другимъ языкомъ, тогда, по мнѣнію Чиляржа, ограничили права добросовѣстнаго владѣльца, тогда усилили строгость римскаго *dominium*, тогда появилось стремленіе къ реформѣ, состоящей въ отнятіи обогащенія у добросовѣстнаго владѣльца, не осуществившейся вполнѣ только по (мелкимъ) процессуально-практическимъ соображеніямъ.

Ходъ историческаго развитія ограниченій права собственности въ пользу добросовѣстнаго владѣнія вообще и въ особенности въ области нашего института былъ обратный тому, который предполагаетъ теорія Чиляржа. Такъ какъ его гипотеза а ргіогі невѣроятна, не гармонируя съ общимъ ходомъ историческаго развитія и представляя въ этомъ отношеніи аномалію, то онъ долженъ былъ указать на особыя причины такого сингулярнаго явленія. Едва ли таковыя могутъ быть найдены ¹⁾.

¹⁾ Ихъ не указываетъ и Pernice, который полемизируетъ противъ сказаннаго въ текстѣ (стр. 365). Pernice соглашается, что „направленіе развитія состояло въ усиленіи *bonae fidei possessio*“, но находитъ, что это замѣчается только въ области „отношенія *b. f. possessio* къ третьимъ владѣльцамъ“ и что только такого относительнаго усиленія правъ добросовѣстнаго владѣльца требовалъ оборотъ. Напротивъ, непонятно, зачѣмъ нужно было усиленіе добросовѣстнаго владѣнія по отношенію къ собственнику.

Эти возраженія основываются на полномъ игнорированіи того, что говорится въ §§ 42—44 *Fruchtvertheilung* (ср. ниже §§ 21—23). Тамъ подробно объясняется необходимость ограниченія правъ собственника и приводятся доказательства, что историческій ходъ развитія состоялъ въ расширеніи и усиленіи нашего института насчетъ правъ собственника главной вещи. Мало того, самъ Pernice, согласно по существу съ теоріей, изложенной въ „*Fruchtvertheilung*“, стр. 210 и сл., предполагаетъ, что первоначально право собственности на плоды принадлежало не добросовѣстному владѣльцу, а собственнику главной вещи (который, слѣдовательно, могъ предъявить по поводу ихъ самостоятельную *rei vindicatio* къ добросовѣстному владѣльцу

Но обратимся къ доказательствамъ Чиляржа. Самое рѣшительное впечатлѣніе *prima facie* производитъ утверженіе: „Мы не имѣемъ ни одного мѣста классическаго юриста, которое бы возлагало на добросовѣстнаго владѣльца обязанность возвращенія плодовъ, извлеченныхъ до *litis contestatio*“ (I. c., стр. 561). Истинный смыслъ этого утверженія обнаруживается яснѣе, если сопоставить его со словами самого же Чиляржа на стр. 571 и сл.: „Всему этому... несомнѣнно противорѣчатъ тѣ изреченія источниковъ, которыя оставляютъ добросовѣстному владѣльцу только *fructus consumpti*, слѣдовательно предполагаютъ обязанность возвращенія *fructus extantes* или даже прямо ее подтверждаютъ“. „Но тогда намъ не остается иного исхода, какъ всѣ эти мѣста, противорѣчающія классическимъ принципамъ, признать интерполированными“ (стр. 571, 572). На самомъ дѣлѣ обязанность возвращенія *fructus extantes* подтверждаютъ всѣ относящіяся сюда мѣста Дигестовъ и Институцій, кромѣ трехъ фрагментовъ, которые говорятъ только о приобрѣтеніи права собственности на плоды. Всѣ эти мѣста авторъ считаетъ „уже по ихъ строенію и содержанію внутренне несообразными и подозрительными“ и объявляетъ ихъ интерполированными ¹⁾.

etc.) и что первоначальная отрицательная и болѣе слабая защита добросовѣстнаго владѣльца, состоящая въ непризнаніи за собственникомъ *condictio fructuum consumptorum*, потомъ превратилась въ признаніе за владѣльцемъ положительнаго права собственности (*Labeo*, I. c., стр. 361).

Далѣе Pernice указываетъ, что Юстиніанъ установилъ болѣе продолжительные, нежели прежде, сроки давности; отсюда видно, что этотъ императоръ не былъ намѣренъ ослаблять право собственности.

Но, во первыхъ, намѣренія Юстиніана для насъ здѣсь не имѣютъ никакого значенія, потому что и по взгляду Перниса возвращеніе *fructus extantes* было введено не этимъ императоромъ, а раньше (практикою когниціоннаго процесса. *Labeo*. I. c., стр. 363). А, во вторыхъ, Юстиніанъ, какъ извѣстно, вообще весьма расширилъ и усилилъ институтъ приобрѣтенія по давности. Что же касается сроковъ давности, то здѣсь именно увеличеніе территоріи и развитіе оборота сдѣлали прежніе сроки невыносимыми. Если бы Юстиніанъ для вводимаго имъ приобрѣтенія по давности провинціальнаго участка установилъ двухлѣтній срокъ, то возникли бы крайне болѣзненные явленія распредѣленія. Переходъ права собственности (напр., на участокъ, находящійся въ отдаленной провинціи) при тогдашнемъ состояніи сообщенія происходилъ бы по давности часто раньше, чѣмъ вѣсть о лишеніи владѣнія дошла бы до собственника.

¹⁾ По поводу того, что я приведенное утверженіе Чиляржа (высказывая которое онъ ссылается на авторитетъ Pernice, *Labeo* II, первое изда-

Вполнѣ ясно распространено officium iudicis на fr. extantes въ l. 4 § 2 D. finium regundorum 10,1:

Paulus libro vicesimo tertio ad edictum. Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur: sed ante iudicium percepti non omni modo hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit, aut mala fide, et condici oportet.

Слова „si eos consumpsit“ считаетъ Чиляржъ вставкою компиляторовъ на томъ основаніи, что только безъ этой вставки фрагментъ даетъ полное рѣшеніе вопроса о плодахъ. Извлеченные mala fide плоды всѣ подлежатъ condictio, извлеченные bona fide дѣлаются lucrum добросовѣстнаго владѣльца. Вслѣдствіе словъ „si eos consumpsit“ мы не знаемъ, входятъ ли въ iudicium fructus extantes (стр. 581).

Если бы въ этой аргументаціи не было ошибки, то и тогда она отнюдь не была бы въ состояніи доказать интерполяцію. Если бы исходить изъ такого способа критики настоящаго и возстановленія предполагаемаго первоначальнаго текста, то тогда мы бы могли испещрить всѣ дигесты поправками, устраняющими неполноту, неясность, непослѣдовательность, непонятность, и т. п. „недостатки“ изложенія, и объявить всѣ соотвѣтственные мѣста интерполированными, а наши поправки подлиннымъ классическимъ текстомъ. Въ сущности такой приемъ теперь — обычное и общераспространенное явленіе. Мало того, часто признается достаточнымъ аргументомъ сообщеніе, что мѣсто „плохо“ или „подозрительно“ стилизовано, а потому замѣшана рука компиляторовъ. Но можно ли подобнымъ приемамъ приписывать научную цѣнность, а результатамъ ихъ научную достовѣрность? Развѣ классическіе юристы были не люди? Errare humanum est, и

ніе, стр. 165) назвалъ „утвержденіемъ“, теперь во второмъ изданіи Лабсона (стр. 356, пр. 3) Пернисъ довольно рѣзко замѣчаетъ: „Это фактъ, а не утверженіе (Petražyski, Fruchtvertheilung, стр. 148 и сл.); я обратилъ на это вниманіе (въ первомъ изданіи), прежде чѣмъ предположить интерполяцію“.

Несмотря на это замѣчаніе, я въ текстѣ дословно, безъ всякихъ измѣненій, перевожу соотвѣтственный текстъ „Fruchtvertheilung“. Изъ него, мнѣ кажется, достаточно видно, почему я и приведенное эффектное замѣчаніе Чиляржа (взятое имъ изъ перваго изданія Лабсона) называю „утвержденіемъ“.

римскіе юристы не были непогрѣшима въ области мышленія и изложенія своихъ мыслей. Развѣ, съ другой стороны, Трибоніанъ и его помощники были такими глупцами, невѣжественными юристами, плохими стилистами etc., что ихъ корректуры должны были проявляться въ неудачныхъ выраженіяхъ, во введеніи неправильныхъ или нелогичныхъ положеній, противорѣчій и т. д.? Но даже если признать эти странныя посылки, которыя лежатъ въ скрытомъ видѣ въ основаніи безчисленныхъ современныхъ интерполяціонныхъ теорій, и приписать классическимъ юристамъ божественныя логическія и стилистическія способности и непогрѣшимость, а кодификаторамъ противоположныя отрицательныя свойства, то и тогда упомянутые приемы едва ли можно признать надежными. Дѣло въ томъ, что въ дигестахъ мы имѣемъ предъ собою не цѣлыя научныя сочиненія римскихъ юристовъ, а тѣ вырѣзки изъ нихъ, въ которыхъ заключаются юридическія положенія, казавшіяся компиляторамъ достойными возведенія въ законъ. Вслѣдствіе этого естественно, что во многихъ фрагментахъ даже не особенно педантической критикѣ найдетъ много недосказаннаго, неяснаго, повидимому не вполне логичнаго и т. д.; ибо тѣ части изложенія, которыя предупреждали или разсѣивали тенерешнія наши недоумѣнія или привносили новыя оговорки, ограниченія, дополненія, обоснованія etc., отрѣзаны и отброшены, какъ излишній балластъ съ точки зрѣнія той цѣли и для выраженія того положенія, которыя имѣлись въ виду кодификаторами. А если еще принять во вниманіе, сколь различныя логическіе, риторическіе и стилистическіе вкусы могутъ проявляться со стороны современныхъ критиковъ текста и производителей интерполяціонныхъ теорій, на основаніи неудовольствія по поводу настоящаго текста и ради его исправленія „къ лучшему“, то можно себѣ представить, въ какія дебри ведетъ романистическую науку современное интерполяціонное теченіе. Между прочимъ, большинство представителей этого теченія проявляютъ необыкновенный педантизмъ при критикѣ и исправленіи текстовъ, придираясь къ такимъ „недостаткамъ“, предполагаемое отсутствіе которыхъ въ изложеніи римскихъ юристовъ свидѣтельствовало бы не о божественной непогрѣшимости этихъ идеальныхъ логиковъ и стилистовъ, а о мелочности и школьничествѣ педантизма классическихъ юристовъ.

Но послѣдуемъ совѣту Чиляржа и зачеркнемъ слова „si eos consumpsit“; тогда въ словахъ Павла появляется явное противорѣчіе; вѣдь Павелъ говоритъ, что если не всѣ, то все-таки нѣкоторые плоды, собранные до *litis contestatio*, *veniunt in iudicium* (non omni modo въ отличіе отъ nullo modo). Если же мы зачеркнемъ слова: „si eos consumpsit“, тогда мы узнаемъ, что никакіе плоды, собранные до *l. c.*, не *veniunt in iudicium*; *mala fide percepti* являются предметомъ особой *condictio*, *bona fide percepti* всѣ остаются въ пользу добросовѣстнаго владѣльца. Такимъ образомъ въ трехъ строкахъ явное противорѣчіе. Напротивъ, эти слова и все мѣсто только тогда имѣютъ правильный смыслъ, если оставить текстъ безъ предложеннаго исправленія. Тогда ясно, что изъ плодовъ, извлеченныхъ *bona fide* до *litis contestatio non veniunt in iudicium fructus consumpti—veniunt fructus extantes*. Тогда только понятны слова *non omni modo*. Неупоминаніе о *fructus extantes* не дѣлаетъ изложенія Павла неполнымъ; если онъ говоритъ, что *officium iudicis* не всегда распространяется на плоды, извлеченные до *l. c.*, а именно не распространяется на плоды, уже потребленные, то кажется не трудно заключить, что *officium iudicis* распространяется на *fructus extantes* ¹⁾.

¹⁾ Мои опоненты и сторонники теоріи Чиляржа нашли очень простой способъ обойти это возраженіе. Не трудно вѣдь объявить и слова *non omni modo* интерполированными. Pernice предлагаетъ переставить эти слова, т.-е. вмѣсто *non omni modo* читать *omni modo non*, и замѣчаетъ по этому поводу (стр. 360 пр.): „Петражицкій правъ, возражая противъ простаго исключенія этихъ словъ (sc. si eos consumpsit). Этому мѣшаютъ слова *non omni modo*. Фрагментъ въ теперешнемъ его видѣ отличается истинно компиляторскою тонкостью; главную суть надо читать между строками. Извлеченные до процесса плоды входятъ „не всегда“ въ процессъ; извлеченные и потребленные добросовѣстнымъ владѣльцемъ остаются въ его пользу; извлеченные *mala fide* подлежатъ *condictio*; слѣдовательно—*extantes* должны быть возвращены. Совсѣмъ иное дѣло, если переставить *omni modo non*; плоды послѣ-процессуальнаго времени относятся къ *iudicium*; извлеченные раньше—нѣтъ; они не подлежатъ вовсе взысканію или подлежатъ самостоятельнымъ искамъ“.

Конечно, совсѣмъ иное дѣло, если одни слова выбросить, а другія переставить. Передѣланный такимъ образомъ фрагментъ вполнѣ подтверждаетъ теорію Чиляржа. Но отъ такой передѣлки уже не далеко до составленія совсѣмъ новыхъ фрагментовъ для созданія и подкрѣпленія историческихъ теорій. Замѣчательно, что здѣсь компиляторамъ приписывается тонкость и ловкость приемовъ, между тѣмъ какъ обыкновенно исходною точкою является

При томъ цѣль изреченія Павла состоитъ вовсе не въ томъ, чтобы особо констатировать возвращеніе *fructus extantes* (что онъ предполагаетъ извѣстнымъ и само собою разумѣющимся), а въ указаніи, что плоды не всегда *veniunt in iudicium*.

Нашъ фрагментъ привноситъ корректуру и дополненіе къ предыдущему изложенію Павла (§ 1 того же мѣста: *quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? non inique damnatio eo nomine fiet*).

Точно также предполагается извѣстнымъ и само собою разумѣющимся возвращеніе *fructus extantes* въ l. 1. § 2 D. de pign. 20,1 (Papinianus):

Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur. quod in fructibus dissimile est qui nunquam debitoris fuerunt.

грубость и неловкость ихъ исправленій. Такая же перемѣна обычнаго фронта заключается въ возраженіи Oertmann'a (l. c., стр. 581) противъ моей аргументаціи. Онъ находитъ, что я въ своей полемикѣ съ Чиляржомъ слишкомъ налегаю на слова *non omni modo*. Они могутъ быть просто необдуманнѣмъ выраженіемъ (*unüberlegter Ausdruck*). Такимъ образомъ, здѣсь уже не компиляторамъ, а Павлу приписана необдуманность и нелогичность. Не характерна ли вся эта полемика? Чиляржъ исходилъ изъ обыденныхъ посылкоъ, что классическіе юристы непогрѣшимые логики и стилисты, а кодификаторы неучи и неудачники, и на этомъ основывалъ доказательство интерполяціи. Его доказательство потерпѣло крушеніе, но интерполяція спасается теперь на почвѣ тонкаго умѣнія со стороны компиляторовъ и необдуманности со стороны классическаго юриста. Намъ, конечно, остается только признать побѣду за противниками. Но нельзя не указать на то, что опасность для интерполяціи была очевидно велика, если ее нельзя было предотвратить обыкновенными мѣрами, и пришлось прибѣгнуть къ чрезвычайнымъ и исключительнымъ способамъ.

Впрочемъ, Oertmann не довольствуется приведеннымъ возраженіемъ и предлагаетъ еще на выборъ передѣлать слова *non omni modo* въ *nullo modo*. Кромѣ того, онъ дѣлаетъ обычное указаніе, что фрагментъ въ теперешнемъ видѣ „въ высшей степени неудачно стилизованъ“ (*äusserst ungeschickt stylisirt*) и заключаетъ восклицаніемъ: „Это по истинѣ болѣе похоже на компиляторскую работу, нежели на подлинный текстъ Павла!“ Здѣсь уже опятъ Павелъ—представитель блага и свѣта, компиляторы—мрака и зла.

Кремлевъ (стр. 99) тоже считаетъ слова *si eos consumpsit* „вставкою Трибоніана“, слѣдуя такому же мнѣнію Цахаріа. Но слова *non omnimodo* онъ

Такъ какъ право собственности на плоды принадлежить добросовѣстному владѣльцу, а не заложившему вещь собственнику участка, то они не подпадаютъ подъ закладное право и могутъ подлежать возвращенію только въ силу *officium iudicis*; не подлежащія закладному праву истца плоды возвращаются здѣсь *officio iudicis* точно также, какъ при *rei vindicatio* или *a. finium regundorum* истцу возвращаются плоды, не подлежащія его праву собственности.

Здѣсь Чиляржъ исправляетъ *consumptos* въ *perceptos*, потому что свобода плодовъ отъ закладного права только тогда можетъ служить основаніемъ для *restituere non cogetur*, если свобода отъ возвращенія относится ко всѣмъ плодамъ. Только при такомъ исправленіи фрагментъ получаетъ вполне послѣдовательный и логичный видъ ¹⁾.

Это мы считаемъ неосновательнымъ не только потому, что при правильности этой критики мѣста въ теперешнемъ его видѣ еще этимъ не была бы доказана интерполяція (см. выше стр. 71), но и специально потому, что сдѣланный Чиляржомъ упрекъ по адресу теперешняго текста послѣднимъ не заслу-

подвергаетъ менѣ болѣзненной операци, нежели Pernice и Oertmann, а именно, онъ переводитъ ихъ посредствомъ „никомъ образомъ не“, „ни въ какомъ случаѣ не“. Съ этимъ можно (и слѣдуетъ) спорить на основаніи филологическихъ данныхъ, между тѣмъ какъ передѣлка, предлагаемая Пернисомъ (*omni modo non*) и Эртманомъ (*nullo modo*) дѣлаетъ невозможными научный споръ и рѣшеніе на основаніи научныхъ данныхъ.

Въ текстѣ мы исходили, согласно съ нашими противниками, изъ того предположенія, что Павелъ всѣ плоды *mala fide percepti* объявляетъ исключительно предметомъ самостоятельной *condictio*, такъ что ихъ *venire in iudicium* абсолютно исключено. Но весьма сомнительно, это ли желалъ выразить Павелъ и кодификаторы, помѣстившіе его изреченіе въ *digesty*. Несомнѣнно, что *fructus mala fide percepti* послѣ *consumptio* подлежатъ самостоятельной *condictio* (что особо упоминаетъ Павелъ) и что *fructus extantes* въ случаѣ *mala fides* бываютъ предметомъ самостоятельной *vindicatio* (о чемъ Павелъ особо не упоминаетъ) и такимъ образомъ *non veniunt in iudicium*. Но возможно, что и эти двѣ категоріи плодовъ истецъ потребуесть не путемъ самостоятельныхъ исковъ, а путемъ введенія ихъ въ *iudicium fin. reg.*, и что разсматриваемый фрагментъ вовсе не имѣетъ въ виду исключить это право истца (ср. § 1 того же фрагмента и l. 56 D. fam. erg. 10, 2). Впрочемъ, разсмотрѣніе этого вопроса потребовало бы слишкомъ много мѣста и для нашей цѣли здѣсь излишне.

¹⁾ Ср. Кремлевъ, стр. 124, 125; тамъ же, стр. 106—123, богатая коллекція всевозможныхъ толкованій этого мѣста.

жень. Свобода плодовъ отъ закладнаго права никоимъ образомъ не ведетъ къ свободѣ отъ возвращенія *fructus extantes*, какъ *praestatio personalis*, свойственной вообще вещнымъ искамъ, направленнымъ противъ добросовѣстнаго владѣльца. Эта *praestatio personalis* разсматривается Папиніаномъ, какъ естественное и при вещныхъ искахъ обычное явленіе, несмотря на то, что съ вещной точки зрѣнія добросовѣстный владѣлецъ полный и неограниченный собственникъ *fructus extantes* ¹⁾.

1) Oertmann противъ этого только повторяетъ утвержденіе, что свобода плодовъ отъ закладнаго права должна была бы вести и къ невозвращенію *fructus extantes*, и непосредственно къ этому въ видѣ подкрѣпленія присо-вокупляетъ: „вѣдъ самъ авторъ убѣдительно доказалъ, что право собственности на плоды принадлежитъ владѣльцу, такъ что притязаніе собственника вещи на *fructus extantes* имѣетъ обязательственный характеръ (стр. 128)!“ Какъ мой противникъ этимъ положеніемъ можетъ пользоваться противъ меня, мнѣ непонятно. Изъ него, напротивъ, вытекаетъ, что требованіе *fructus extantes* (какъ обязательственное отношеніе) независимо отъ вещныхъ правъ истца на эти плоды.

Лучше возраженія Пернуса (стр. 360 прим.). Онъ не опровергаетъ значенія соображенія объ *officium iudicis* и *praestatio personalis* при вещныхъ искахъ вообще, но сомнѣвается, относится ли это положеніе въ частности и къ *actio Serviana*. Впрочемъ, особыхъ основаній для исключенія въ этомъ случаѣ онъ не приводитъ, а только замѣчаетъ, что не всѣ вещные иски устраняются по одному и тому же шаблону. Здѣсь мы можемъ указать въ свою пользу: общее указаніе, что не всѣ вещные иски одинаковы, не избавляетъ моего критика отъ *onus probandi* относительно *actio Serviana*. Но мы готовы взять на себя это *onus*. Первымъ аргументомъ является само свидѣтельство разбираемаго мѣста источниковъ. Изъ словъ Папиніана именно видно, что *fructus extantes* при закладномъ искѣ противъ добросовѣстнаго владѣльца возвращаются, независимо отъ ихъ свободы отъ закладнаго права. Положимъ, противники считаютъ слово *consumptos* интерполированнымъ, и, если исходить изъ этого положенія, какъ послышки, то нашъ аргументъ падаетъ самъ собою. Но тогда противники оказываются виновными въ *petitio principii*, ибо они принимаютъ *quod erat demonstrandum* за послышку.

Но мы утверждаемъ болѣе: *actio utilis Serviana* противъ третьяго лица (не собственника вещи, заложившаго ее) не только построена по одному и тому же шаблону, какъ *rei vindicatio*, *Publiciana*, *vectigalis actio* и прочіе вещные иски, а сама представляетъ просто *rei vindicatio*, *Publiciana actio* etc. въ видѣ *utilis actio*. Всѣ безчисленные споры и сомнѣнія по поводу плодовъ при закладномъ искѣ возникаютъ изъ того, что романистическая наука не знаетъ этого простаго положенія. А между тѣмъ его прямо подтверждаютъ источники:

Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem

Далѣ, возвращеніе *fructus extantes* подтверждаетъ § 35 J. de rer. div. II, 1:

Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae

servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur (l. 16 D. de servit. 8,1).

Отсюда мы просто и ясно узнаемъ, что *Serviana* можетъ равняться *utilis petitio servitutis* (*utilis confessoria a.*) или = *utilis rei petitio* (= *utilis rei vindicatio*). Точно также *Serviana* можетъ представлять *a. fin. regundorum* (l. 4 § 9 D. fin. reg. 10,1) etc.

Изъ того, что *actio Serviana* противъ третьихъ нарушителей въ сущности дѣла представляетъ искъ заложившаго вещь собственника или иного управомоченнаго (*rei vindicatio, fin. regundorum, vectigalis, Publiciana actio* etc.), перенесенный на залогопринимателя и предоставленный ему (для осуществленія правъ его должника ради своего обезпеченія), слѣдуетъ, что въ этихъ случаяхъ залогоприниматель получаетъ *utiliter* отъ третьяго *possessor* все то, что получить бы отъ него и самъ залогодатель, *directe* имѣющій противъ него соответственный искъ.

Si ab eo, qui *Publiciana* uti potuit quia dominium non habuit, *pignori accipi sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam* (18 D. de pign. 20,1).

Этимъ устраняются всѣ безпокоющія литературу закладнаго права контроверзы и ошибочныя положенія относительно плодовъ при *a. hypothecaria (Serviana)* и вмѣстѣ съ тѣмъ разрушается другое возраженіе, которое Пернись еще направляетъ противъ меня по поводу l. 1 § 2 de pign. cit. А именно, онъ замѣчаетъ, что выраженіе *consumptos* въ этомъ фрагментѣ во всякомъ случаѣ неправильно потому, что при закладномъ искѣ, какъ достовѣрно извѣстно (на основаніи l. 16 § 4 D. de pign. 20,1), *fructus extantes* могутъ подлежать только тогда выдачѣ, *si res non sufficit* (если для обезпеченія залогопринимателя недостаточно самой вещи).

Прежде всего мы по этому поводу можемъ замѣтить (какъ обыкновенно во всей этой полемикѣ), что замѣчаніе противника даже въ случаѣ своей правильности ничего не доказывало бы. Ибо Панинианъ по этому вопросу ничего не утверждаетъ и не отрицаетъ. Словомъ *consumptos* онъ утверждаетъ только, что свобода плодовъ отъ закладнаго права (существующая несмотря на „*nominatum convenit*“, на которое ссылался, вѣроятно, испросившій *responsum*) ведетъ къ тому, что залогоприниматель не можетъ относительно этихъ плодовъ предъявить никакихъ претензій, и косвенно намекаетъ или точнѣе предполагаетъ извѣстнымъ, что для возвращенія *fructus extantes* со стороны добросовѣстнаго владѣльца вопросъ о закладномъ правѣ на плоды не имѣетъ значенія. Этимъ отнюдь не отрицается возможность примѣненія правила *fructus extantes restituuntur si res ipsa non sufficit*.

Но мы идемъ дальше и утверждаемъ, что это правило дѣйствительно не можетъ быть примѣнено въ тѣхъ случаяхъ, о которыхъ говоритъ Па-

bona fide acceperit; naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est. itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

пиніанъ. То правило, которымъ Рернице пользуется въ своей полемикѣ, какъ извѣстнымъ и достовѣрнымъ, на самомъ дѣлѣ не существуетъ.

Напротивъ, какъ сказано и доказано выше, истецъ получаетъ отъ третьяго владѣльца залога (путемъ *Serviana*—*rei vindicatio utilis*) все то, что получилъ бы отъ него собственникъ-залогодатель путемъ *vindicatio directa*, и въ частности онъ можетъ получить большую сумму доходовъ, хотя *ipsa res sufficit* для погашенія его требованія. И это гражданско-политически въ высшей степени рационально. Иначе залогоприниматель (напр., вслѣдствіе стачки съ третьимъ нарушителемъ правъ залогодателя) могъ бы путемъ предъявленія иска и полученія владѣнія вещь лишитъ залогодателя-собственника возможности осуществленія всѣхъ тѣхъ правъ противъ владѣльца его вещи, которыя осуществляются только путемъ *vindicatio* (напр., *fructus percipiendi*, поврежденія, не подходящія подъ а. l. *Aquiliae* etc.). Въ частности *fructus extantes*, благодаря иску залогопринимателя, оставались бы окончательно въ пользу бывшаго добросовѣстнаго владѣльца, такъ какъ собственникъ лишается *vindicatio rei* вслѣдствіе перехода владѣнія къ залогопринимателю (и отсутствія *dolo malo desiisse possidere*). Всѣ возможные злоупотребленія (*collusio*) и потери для залогодателя предупреждаются тѣмъ въ высшей степени рациональнымъ принципомъ римскаго права (къ сожалѣнію игнорируемымъ современными пандектистами), что залогоприниматель не только можетъ, но и долженъ въ случаѣ предъявленія *Serviana* или *hypothecaria utilis* (т.-е. *rei vindicatio utilis*) къ третьему владѣльцу взыскать съ послѣдняго не только то, что *sufficit* для его личныхъ цѣлей, а все то, что необходимо взыскать въ интересахъ должника-залогодателя, съ тѣмъ, чтобы послѣднему возвратить остатокъ сверхъ *sufficit*. Конечно, въ случаѣ предъявленія иска не къ третьему нарушителю правъ залогодателя, а къ нему (залогодателю) самому, нѣтъ резона, если сама *res sufficit* для погашенія личнаго долга, заставлять выдавать излишнія суммы доходовъ. Только къ этому случаю относится правило, распространяемое Пернисомъ и другими на закладной искъ вообще. Такъ что возраженіе нашего противника: не всѣ вещные иски устроены по одному шаблону (*die dinglichen Klagen werden eben nicht über einen Kamm geschoren*) мы можемъ направить противъ него же въ видѣ болѣе спеціальнаго положенія: не всѣ *actiones Servianae* (ибо это не одинъ искъ, а много различныхъ исковъ) устроены по одному шаблону и ограниченіе *si res non sufficit* относится только къ одной изъ многихъ категорій гипотечныхъ, сервіановыхъ исковъ.

Насчетъ этого можно справиться и въ l. 21 § 3 D. de pign. 20,1:

Si res pignerata non restitatur, lis adversus possessorem erit aesti-

Въ этомъ мѣстѣ Чиляржъ признаетъ подлиннымъ начало и правило о недобросовѣстномъ владѣльцѣ. „Въ высшей степени подозрительнымъ“ кажется ему *passus* отъ „*et ideo do „agere non potest“*“ (стр. 573). Эта часть, по мнѣнію Чиляржа, вставлена компиляторами. Въ доказательство онъ указываетъ на недостаточную логическую послѣдовательность и на тяжелый слогъ изложенія („*der schwerfälligen Diction wegen*“). Логическая непослѣдовательность заключается въ слѣдующемъ: изъ того, что плоды принадлежатъ добросовѣстному владѣльцу *pro cultura et cura*, слѣдовало бы заключить, что онъ люкрируетъ всѣ *fructus percepti*; между тѣмъ въ § 35 *cit.* изъ этого положенія выведено заключеніе лишь о *fructus consumpti*; этимъ высказано, что *fructus extantes* все-таки подлежатъ возвращенію (стр. 573) ¹⁾.

manda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris in interest, adversus ceteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pignoratitia actione (Ul, ianus).

Только къ случаю *actio adversus ipsum debitorem* относится замеченная l. 16 § 4 D. de pign. 20, 1, на которую ссылаются при установленіи мнимаго общаго „достовернаго“ правила объ *actio hypothecaria*, будто этотъ искъ можетъ захватывать только *fructus extantes*, и то только при условіи, *si res non sufficit*. Это видно не только изъ всего приведеннаго выше матеріала, но и изъ самой l. 16 de pign. *cit.* [ср. слова предъ § 4 „*quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequetur*; далѣе § 5, § 6 въ частности слова „*si pluris condemnatus sit debitor...*“]. Удивительнымъ образомъ наша наука по вопросу о плодахъ при *actio hypothecaria* издавна и въ наши дни занимается безконечнымъ споромъ и недоумѣніями, между тѣмъ какъ есть мѣста источниковъ, которыя ларчикъ весьма просто сами открываютъ (независимо отъ того, что предлагаемыя разными изслѣдователями правила крайне несообразны съ гражданско-политической точки зрѣнія).

¹⁾ Ср. Кремлевъ, стр. 125 и сл. Послѣдній авторъ признаетъ вставкою компиляторовъ инныя части текста, нежели Чиляржъ, а именно: „оговорку о потребленіи плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ“ и слова „*licet consumpti sint*“. И „несообразности“, въ которыхъ авторъ упрекаетъ текстъ, инныя, болѣе „вопиющія“ (стр. 126). Такъ, по его мнѣнію, § 35 I. прежде всего приписываетъ владѣльцу право собственности на *fructus consumpti*, т.-е. на несуществующіе объекты, „а такое право собственности есть ничто иное какъ юридическое чудовище“. Едва-ли почтенный авторъ такъ толковалъ бы текстъ и сдѣлалъ такой упрекъ, если бы не необходимость во что бы то ни стало доказать интерполяцію. Въдѣ въ текстѣ прямо и ясно ска-

Къ этому замѣчанію вполне присоединяется и Pernice, который сверхъ того находитъ въ текстѣ и другіе изъяны. Онъ указываетъ, во-первыхъ, на то, что въ нашемъ фрагментѣ точка зрѣнія приобрѣтенія права собственности смѣняется дальше точка зрѣнія процессуальная (Labeo cit. стр. 358; но едва-ли въ этомъ можно видѣть что либо особенное.

зано: *fructus quos percepit eius esse* (а не *fructus, quos consumpsit, eius esse*). Во-вторыхъ, Кремлевъ находитъ въ § 35 непоследовательность: „Очевидно, изъ премиссы, что собранные добросовѣстнымъ владѣльцемъ плоды составляютъ его собственность, слѣдуетъ по законамъ здравой логики тотъ выводъ, что собственникъ земли не можетъ требовать этихъ плодовъ, т.-е. всѣхъ тѣхъ, которые собраны добросовѣстнымъ владѣльцемъ (потому что они не его собственность, а собственность послѣдняго)“.

Здѣсь критикъ текста между прочимъ самъ обнаруживаетъ непоследовательность въ своихъ упрекахъ и даже попадаетъ въ явное противорѣчіе съ тѣмъ, что онъ сказалъ раньше, исходя теперь изъ (совершенно правильного) положенія, по которому § 35 cit. приписываетъ владѣльцу право собственности на всѣ *fructus percepti* (а не на *fructus consumpti*, какъ онъ утверждалъ въ предыдущемъ упрекѣ). Что же касается до самого упрека въ непоследовательности, то мы должны (какъ и по поводу разсмотрѣннаго раньше рѣшенія Палиниана) напомнить, что *restitutio fructuum extantium* есть *praestatio personalis* (какъ и, напр., возвращеніе узаконенной во время процесса вещи), а потому не только не противорѣчитъ праву собственности владѣльца, но даже предполагаетъ его. „По законамъ здравой логики“, изъ которыхъ вытекаетъ оспариваемый упрекъ тексту, слѣдовало бы, что всѣ обязательства, направленные на *damn.* нелогичны, потому что здѣсь вѣритель требуетъ того, что принадлежитъ должнику.

„Наконецъ въ 3-хъ, при означенной вставкѣ (т.-е. *ab eo consumptis*) выводъ изъ правила, отдающаго въ собственность добросовѣстнаго владѣльца собранные имъ плоды въ вознагражденіе за его попеченіе и уходъ за ними, можетъ совершенно парализовать силу этого правила, именно въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ не потребилъ ни одного плода“.

Съ этимъ замѣчаніемъ мы согласны, но оно не доказываетъ не только интерполяции, но даже и неудачности самого принципа римскаго права, состоящаго въ комбинаціи права собственности на плоды и обязанности *restitutio fructuum extantium*. *Iura constitui oportet in his, quae ἐπι τὸ πλεῖστον accidunt, non quae ἐκ παραλόγου* (l. 3 D. de leg. 1,3). Право должно примѣняться не къ единичнымъ особымъ случаямъ, а къ массовымъ явленіямъ (и политикъ права долженъ принимать въ расчетъ свойства рѣшающей и преобладающей массы данныхъ явленій).

Тѣмъ не менѣе по многимъ основаніямъ совершенно вѣрно то, что принципъ *cultura et cura* вовсе не годится для оправданія и объясненія нашего института, какъ и многія теоріи римскихъ юристовъ относительно ихъ права представляются крайне поверхностными и ошибочными. Объ этомъ ср. ниже.

Вѣдь, требованія истца въ процессѣ опредѣляются матеріальнымъ правомъ. Такіе переходы въ сочиненіяхъ классическихъ римскихъ и современныхъ юристовъ обычное и естественное явленіе). Далѣе, по его мнѣнію, элементарное изложеніе (Институціи имѣють цѣлью дать таковое) требовало бы указанія по поводу плодовъ, собранныхъ во время процесса. Выраженіе: *quos perciperit* должно быть отнесено и къ этимъ плодамъ.

По поводу этого упрека не безынтересно отмѣтить, что другой авторитетный романистъ—Виндшейдъ, который интерполяцію въ § 35 предполагаетъ для другихъ цѣлей и въ другомъ направленіи, нежели Чиларжъ и его послѣдователи, упрекаетъ текстъ не въ слишкомъ большой сжатости, а, наоборотъ, въ излишней растянутости изложенія, такъ что Чиларжъ, для котораго интересна подлинность тѣхъ частей фрагмента, которыхъ Виндшейдъ не хочетъ признавать, защищаетъ текстъ указаніемъ, что въ институціяхъ растянутасть изложенія вполнѣ умѣстна (Czyharz, стр. 573).

Мы не будемъ входить въ разсмотрѣніе того, справедливѣ ли упрекнуть автора нашего текста въ слишкомъ большой растянутости или въ излишней сжатости изложенія. Умѣстнѣе было бы возбудить вопросъ о педантизмѣ и придиричivosti современныхъ критиковъ текста, проявляемыхъ ими въ случаѣ желанія доказать интерполяцію, и о странности общаго предположенія, по которому тексты (написанные многочисленными римскими юристами, изъ которыхъ одни писали многословно и элементарно, какъ, напр., *Gaius*, *Ulpianus*, а другіе крайне сжато и поэтому подчасъ непонятно, какъ, напр., *Papinianus*) только тогда могутъ считаться подлинными, если они написаны не слишкомъ сжато и не слишкомъ растянуто, а какъ разъ по вкусу современныхъ критиковъ (которые предъявляютъ въ свою очередь далеко не одинаковыя требованія въ этомъ отношеніи).

Но если полемика на такой почвѣ и по такимъ вопросамъ заслуживаетъ помѣщенія въ научномъ изслѣдованіи, то во всякомъ случаѣ намъ нѣтъ необходимости заниматься отраженіемъ упрека въ излишней сжатости изложенія текста, потому что этотъ упрекъ скорѣе говоритъ въ пользу подлинности текста, нежели въ пользу интерполяціи. *Reynise* указываетъ, что въ Институціяхъ умѣстнѣе болѣе элементарное и под-

робное изложеніе, но при этомъ онъ упускаетъ изъ виду то обстоятельство, что составляли „Институціи“, какъ таковыя, именно компиляторы, а для этого они употребляли между прочимъ вырѣзки изъ разныхъ сочиненій римскихъ юристовъ, которые совсѣмъ не ожидали, что когда-то куски ихъ текста попадутъ въ Институціи Юстиніана. Слѣдовательно, слишкомъ большая для Институцій сжатость текста говоритъ скорѣе въ пользу того, что первымъ авторомъ его является именно классическій юристъ (писавшій не въ виду цѣлей Институцій Юстиніана), а не компиляторы. Pernice, самъ того не замѣчая, обосновываетъ не положеніе: текстъ интерполированъ, а противоположный упрекъ: текстъ напрасно оставленъ безъ измѣненій; внося его въ Институціи, слѣдовало компиляторамъ сдѣлать сообразно съ цѣлью этого сборника разныя добавленія ради болѣе элементарности.

Далѣе, Pernice не нравится, что принципъ, по которому *b. f. possessor* приобрѣтаетъ плоды вслѣдствіе *cultura et cura*, выставляется только для вывода процессуальнаго послѣдствія, а именно свободы отъ возвращенія *fructus consumpti*; ибо для этого послѣдняго положенія нѣтъ необходимости въ приобрѣтеніи права собственности (стр. 358).

Мы готовы согласиться, что освободить владѣльца отъ возвращенія *fructus consumpti* можно было и не приобѣгая къ предоставленію владѣльцу права собственности, а право собственности на плоды могло быть, въ свою очередь, признано за добросовѣстнымъ владѣльцемъ безъ оправданія его принципомъ *cultura et cura*.

Но развѣ это доказываетъ интерполяцію, развѣ это доказываетъ, что эти обоснованія слѣдуетъ приписать Юстиніану, а не классическому юристу? Скорѣе наоборотъ. Именно законодателю нѣтъ надобности юридически обосновывать свои постановленія. Онъ можетъ просто велѣть и его воля является закономъ, для котораго дальнѣйшихъ юридическихъ основаній не требуется ¹⁾. Обоснованіе свободы отъ возвращенія *fructus*

¹⁾ Ср. Dernburg I, § 205 пр. 12: „Это изготовленіе компиляторами въ высшей степени невѣроятно, ср. также Petrazuski стр. 150. Ибо они, поскольку дѣло идетъ не о правѣ императорскихъ законовъ, довольствуются всегда выборомъ фрагментовъ старыхъ юристовъ. Да и для нихъ не было надобности въ случаѣ новыхъ постановленій ссылаться на *naturalis ratio* и матеріальныя основанія приобрѣтенія плодовъ. Стиль фрагмента указываетъ на Гая, какъ автора“ . . .

consumpti правомъ собственности владѣльца на плоды, въ свою очередь, намъ кажется вполне удовлетворительнымъ, а по крайней мѣрѣ лучшей конструкціи этой свободы мы не знаемъ. Съ точки зрѣнія послѣдовательнаго проведенія принциповъ римскаго права собственникъ участка могъ бы требовать не только возвращенія *fructus consumpti* при г. *vindicatio*, но и предъявлять самостоятельныя *condictiones fructuum*, если бы онъ былъ и собственникомъ плодовъ (*praedo fructus suos non faciat, a praedone enim fructus . . . possunt . . . consumpti condici, l. 22 § 2 D. de pign. act. 13.7 etc.*).

Непослѣдовательнымъ признаетъ Pernice въ спорномъ мѣстѣ и то, что, несмотря на принципъ *cultura et cura*, владѣльцу предоставляется право собственности на все плоды, а не только на *fructus industriales* (объ этомъ ниже).

Наконецъ, „неловкимъ“ („*ungeschickt*“) онъ считаетъ соединеніе во второй части мѣста указанія, что недобросовѣстный владѣлецъ не приобретаетъ права собственности на плоды, съ положеніемъ, что собственникъ вещи можетъ отъ него потребовать возвращенія всехъ плодовъ. Въ чемъ здѣсь „неловкость“, авторъ не указываетъ, а переходитъ непосредственно дальше къ выводу:

„И такъ, по моему мнѣнію, средняя часть фрагмента и нѣкоторыя другія добавки, которыя шокируютъ съ точки зрѣнія языка и содержанія, происходятъ отъ компиляторовъ“ (стр. 359).

Исправленное сообразно своимъ стилистическимъ и логическимъ требованіямъ мѣсто Пернисъ изображаетъ слѣд. образомъ (при чемъ слова въ скобкахъ принадлежатъ компиляторамъ):

Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, [vel ex donatione, aliave qualibet iusta causa aequae bona fide acceperit:] naturali ratione placuit fructus [quos percepit] eius esse [pro cultura et cura et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest]. ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus [licet consumpti sint] cogitur restituere.

Намъ кажется, что кодификаторы имѣли предъ собою слишкомъ серьезную и громадную задачу, чтобы заниматься

такого рода корректурами, какія имъ здѣсь приписываетъ Pernice. Тогда бы для кодификаціи потребовались многіе десятки лѣтъ. И зачѣмъ, спрашивается далѣе, нужны были эти поправки? Въ томъ мѣстѣ Институцій Юстиніана, гдѣ вставленъ настоящій фрагментъ, говорится о приобрѣтеніи собственности. Въ предыдущихъ §§ говорится объ *alluvio*, *specificatio*, *confusio*, *inaedificatio*, *plantatio*, *pictura* etc. Въ слѣдующемъ 36-омъ §-ѣ—о приобрѣтеніи плодовъ узурфруктуаріемъ, далѣе о *thesaurus*, о *traditio*. Какой смыслъ былъ бы для кодификаторовъ въ нашемъ фрагментѣ къ положенію о приобрѣтеніи плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ дѣлать тѣ добавки, которыя имъ теперь приписываются, и привносить такимъ образомъ чуждыя темъ компилируемаго титула разсужденія? Вѣдь не говоря уже о другихъ частяхъ свода, объ обсужденіи плодовъ въ процессѣ говорится въ тѣхъ же Институціяхъ въ соотвѣтственномъ титулѣ (§ 2 I. de officio iudicis 4,17: *si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum neque non perceptorum*). Приходится развѣ предположить у кодификаторовъ какую-то любовь къ искусству дѣлать интерполяціи, какую-то интерполяціонную манію.

Напротивъ, весь характеръ и содержаніе компиляціи и въ частности и нашъ фрагментъ доказываютъ стремленіе кодификаторовъ безъ крайней необходимости не измѣнять подлиннаго текста, хотя бы въ немъ содержались части, лишнія для даннаго мѣста сборника, и свидѣтельствуютъ объ уваженіи ихъ къ текстамъ великихъ римскихъ юристовъ.

Безъ опроверженія мы оставили пока выше замѣчаніе Чилларжа о томъ, что изъ принципа *cultura et cura* слѣдовало бы вывести предоставленіе добросовѣстному владѣльцу всѣхъ плодовъ, а не только *fructus consumpti*, и замѣчаніе Перниса, что по принципу *cultura et cura* добросовѣстному владѣльцу слѣдовало бы предоставить только *fructus industriales*, а не всѣ плоды (т.-е. и *fructus mere naturales*, произведенные природою безъ *cultura et cura*).

Эти замѣчанія имѣютъ болѣе научное значеніе, нежели прочія разсмотрѣнныя выше соображенія, и должны быть признаны несомнѣнно правильными въ томъ смыслѣ, что положенія нашего института не соотвѣтствуютъ принципу *cultura et cura* и имъ не могутъ быть объяснены и оправданы, такъ что ссылка на этотъ принципъ въ нашемъ фрагментѣ не вы-

держиваетъ критики. Къ этимъ указаніямъ нашихъ противниковъ мы можемъ еще съ своей стороны прибавить, что съ точки зрѣнія *cultura et cura* плоды должны были бы быть предоставлены всякому владѣльцу, который именно употребилъ свою *cultura et cura* на ихъ производство, такъ что различіе между *bonae fidei* и *malae fidei possessores* и предоставление плодовъ только первымъ является съ этой точки зрѣнія *deus ex machina*; причемъ, какъ мы увидимъ ниже, этой непослѣдовательности нельзя оправдать и тѣмъ, будто *mala fides* является состояніемъ, нравственно достойнымъ порицанія и строгости, а *bona fides*—добродѣтелью, заслуживающею особыхъ милостей и награжденій. Далѣе (исправляя въ то же время не вполнѣ точное указаніе Перниса по поводу *fructus industriales*) мы можемъ прибавить, что съ точки зрѣнія принципа *cultura et cura* владѣльцу должны были бы быть предоставлены даже не всѣ *fructus industriales* (а только тѣ, которые онъ самъ произвелъ, а не его предшественникъ, такъ что ему приходится только пожать посѣянное не имъ самимъ), но зато не только *fructus ab eo percepti*, но и *fructus a possessore sati*, точнѣе говоря, — между владѣльцемъ и собственникомъ должно было бы происходить *fructuum divisio* пропорціонально затраченнымъ каждымъ изъ нихъ *cultura et cura* на производство этихъ плодовъ. Вообще нашъ институтъ, еслибы его построить съ точки зрѣнія *cultura et cura* больше былъ бы похожъ на правила о дотальныхъ плодахъ (ср. I. 7 § 9, D. s. m. о дѣленіи дотальныхъ плодовъ: „nam et hic fructus toto tempore quo curantur, non quo recipiuntur, rationem accipere debemus“. Ulpianus), нежели на то, что онъ въ дѣйствительности представляетъ.

Мало того, мы убѣдимся ниже, что и эти критическія замѣчанія являются еще слишкомъ неполною и снисходительною критикою, не касаясь существенной и фундаментальной ошибки, лежащей въ основаніи теоріи *cultura et cura*; мы убѣдимся, что эта теорія до того наивна и ошибочна по существу, что она даже не заслуживаетъ особой критики съ точки зрѣнія частныхъ ея послѣдствій, а является только свидѣтельствомъ, какъ наивны и примитивны были воззрѣнія римлянъ на общественныя и въ частности экономическія явленія.

И такъ, здѣсь мы не только согласны съ нашими против-

никами, но даже готовы снабдить ихъ болѣе полнымъ и сильнымъ вооруженіемъ, нежели то, какимъ они обладаютъ.

Но совсѣмъ другой вопросъ, доказываютъ ли эти соображенія интерполяцію спорнаго фрагмента. На этотъ вопросъ несомнѣнно слѣдуетъ отвѣтить отрицательно.

Видѣть въ этого рода соображеніяхъ доказательство интерполяціи можно только въ томъ случаѣ, если исходить изъ посылки, будто римскіе юристы въ своихъ оправданіяхъ гражданско-правовыхъ институтовъ *de lege ferenda* проявляли достаточную глубину пониманія и безошибочность и что они сообразно своимъ теоріямъ *de lege ferenda* устраивали институты своего права, никогда не допуская въ этомъ отношеніи непослѣдовательности и противорѣчій.

Здѣсь не мѣсто входить въ принципиальное разсмотрѣніе вопроса о характерѣ творчества римскихъ юристовъ и объ отношеніи ихъ гражданско-политическаго сознанія и пониманія къ развитію ихъ права, и мы ограничиваемся здѣсь только утверженіемъ (къ которому мы еще возвратимся ниже), что взгляды римскихъ юристовъ, поскольку они касались гражданско-политическихъ вопросовъ (а не юридическихъ только обобщеній), должны были отличаться и отличались поверхностностью и наивностью, но, съ другой стороны, они не мѣшали институтамъ права развиваться удачно и правильно, такъ что въ исторіи римскаго права замѣчается обыкновенно диссонансъ неудачности гражданско-политическихъ взглядовъ и объясненій римскихъ юристовъ и удачности совсѣмъ не соответствующихъ этимъ взглядамъ юридическихъ положеній и рѣшеній.

Съ этой точки зрѣнія спорный фрагментъ не только не доказываетъ своимъ содержаніемъ, что онъ не можетъ быть приписанъ классическому римскому юристу, а, напротивъ, является для насъ типическимъ воплощеніемъ характера творчества римскихъ юристовъ и отношенія ихъ теоретическихъ взглядовъ къ положительнымъ правовымъ рѣшеніямъ.

Но въ данномъ специальномъ случаѣ намъ даже нѣтъ необходимости прибѣгать къ нашимъ общимъ взглядамъ на развитіе римскаго права и доказывать вообще недостаточность, поверхностность и несоответствіе съ положительнымъ правомъ гражданско-политическихъ воззрѣній римскихъ юристовъ, потому что, съ одной стороны, наши противники сами исхо-

дятъ изъ того, что теорія *cultura et cura* не можетъ быть признана удовлетворительнымъ объясненіемъ нашего института, а, съ другой стороны, въ источникахъ есть несомнѣнныя доказательства, что эта теорія отнюдь не изобрѣтеніе Юстиніана, а продуктъ умствованія классическихъ юристовъ. Доказательства эти приводятся ниже въ § 23, такъ что пока мы отсылаемъ читателя къ этой части нашего изслѣдованія, а теперь еще вкратцѣ укажемъ на отношеніе другого нашего оппонента—проф. Oertmann'a къ вопросу объ интерполяціи § 35, Inst. Это отношеніе въ высшей степени любопытно и интересно въ виду особаго щекотливаго положенія, которое для него создалъ вопросъ объ интерполяціи этого фрагмента. Дѣло въ томъ, что онъ уже раньше съ воодушевленіемъ защищалъ теорію *cultura et cura*, какъ истинное и правильное объясненіе нашего института, и въ своей критикѣ настоящаго изслѣдованія выступаетъ одушевленнымъ защитникомъ этой теоріи и противникомъ предлагаемаго ниже объясненія и гражданско-политическаго оправданія института пріобрѣтенія плодовъ. Съ другой же стороны онъ является защитникомъ теоріи Чиларжа по вопросу объ интерполяціи. Но въ примѣненіи къ § 35, I. эти его двѣ точки зрѣнія и полемическія тенденціи оказываются въ конфликтѣ другъ съ другомъ. Если согласиться съ мнѣніемъ Чиларжа о несогласіи принципа *cultura et cura* съ правилами нашего института, то приходится пожертвовать любимую „трудовою“ теоріей. Если же держаться этой теоріи, то приходится отвергнуть доказательство, приводимое Чиларжомъ въ пользу интерполяціи § 35, I. Какъ онъ прошелъ между этими Сциллой и Харибдой? Очень просто. По этому поводу онъ лаконически заявляетъ, что мои замѣчанія въ „Fruchtvertheilung“ о § 35, I. „совсѣмъ лишены значенія“ (*ganz belanglos*), и умалчиваетъ о томъ, какъ онъ относится къ замѣчаніямъ Чиларжа о томъ же фрагментѣ. Для смягченія впечатлѣнія, вызываемаго довольно ненаучнымъ полемическимъ пріемомъ, состоящимъ въ простомъ заявленіи полнаго несогласія, Oertmann только добавляетъ: „по этому поводу можно еще замѣтить, что мѣста институцій сами по себѣ обыкновенно являются не особенно годнымъ свидѣтельствомъ о классической эпохѣ“.

Это общее замѣчаніе едва ли годное полемическое средство, особенно когда дѣло идетъ о титулѣ Институцій *De re-*

rum divisione и специально о § 35 этого титула. Къ тому же оно оказываетъ весьма плохую услугу приверженцамъ интерполяціонной теоріи. Для нихъ именно важно признать за § 35 вообще классическое происхожденіе, а компиляторамъ только приписать частичныя исправленія (порчи) и такимъ образомъ найти въ этомъ фрагментѣ доказательство интерполяціи и вмѣстѣ съ тѣмъ „годное свидѣтельство о классической эпохѣ“. Такъ, по мнѣнію Перниса, § 35 I. „долженъ служить исходною точкою“ для доказательства интерполяціи всѣхъ относящихся сюда фрагментовъ (стр. 357). „Если признать, что § 35 передѣланъ компиляторами, замѣчаетъ онъ дальше, то доказательство интерполяціи прочихъ мѣстъ облегчается или, точнѣе, тогда сразу обоснована вѣроятность искаженія прочихъ фрагментовъ“ (стр. 359, 360). Поэтому Pernice сосредоточиваетъ главнымъ, почти исключительнымъ образомъ свое вниманіе на доказательствѣ интерполяціи § 35 и, конечно, не можетъ согласиться съ замѣчаніемъ своего союзника, который лишаетъ его главнаго укрѣпленія и необходимаго базиса для всей защиты интерполяціонной теоріи. Но и независимо отъ выраженія огульнаго скептицизма по отношенію къ Институціямъ союзничество Oertmann'a, какъ поклонника теоріи *cultura et cura*, скорѣе вредно, нежели полезно для теоріи интерполяцій. Въ самомъ дѣлѣ, если современный ученый профессоръ не признаетъ нелогичности и неудачности теоріи *cultura et cura*, какъ объясненія института приобрѣтенія плодовъ, несмотря на найденныя уже и высказанныя другими современными учеными возраженія противъ нея, то какъ можно отрицать возможность того, что Гай или какой-либо другой римскій юристъ слѣдовалъ той же теоріи. *Errare humanum est*, и слѣдованіе теоріи *cultura et cura*, несмотря на несоотвѣтствіе ея съ частными положеніями института, гораздо естественнѣе со стороны древняго Гая, нежели со стороны современнаго ученаго.

Какъ бы то ни было, о научно-успѣшномъ и достаточномъ доказательствѣ интерполяціи § 35, I., *cit.* со стороны Чиляржа и его послѣдователей въ виду приведенныхъ соображеній рѣчи быть не можетъ. А потому мы пока въ правѣ видѣть въ этомъ фрагментѣ свидѣтельство противъ теоріи невозвращенія *fructus extantes* въ классическую эпоху. Во всякомъ случаѣ невозможно признать за § 35 значенія исходной точки и

основанія для признанія неудобныхъ для этой теоріи фрагментовъ Дигестовъ „тоже интерполированными“.

На основаніи этого фрагмента, какъ и на основаніи другихъ разсмотрѣнныхъ выше мѣстъ, оставаясь на почвѣ источниковъ, можно только придти къ убѣжденію, что возвращеніе *fructus extantes* при всѣхъ трехъ затронутыхъ въ этихъ мѣстахъ искахъ (*a. finium regundorum*, *a. hypothecaria* и *rei vindicatio*) считалось въ классическое время вполне естественнымъ и независимымъ отъ вещныхъ отношеній истца къ плодамъ ¹⁾.

¹⁾ По поводу моего замѣчанія, что и въ § 35, I. возвращеніе *fr. extantes*, какъ и въ предыдущихъ фрагментахъ, предполагается извѣстнымъ, естественнымъ и независимымъ отъ права собственности владѣльца на плоды, Pernice (стр. 358 пр.) возражаетъ, что отсутствіе особаго прямого указанія на возвращеніе *fructus extantes* въ нашемъ фрагментѣ неудобно и сбивчиво не только для начинающихъ изученіе права, но даже и для болѣе свѣдущихъ читателей. „И развѣ возвращеніе *fr. extantes* такъ само собою разумѣется? Вѣдь Петражицкій самъ полагаетъ, что онъ впервые открылъ правильное основаніе для этого“.

Вотъ это замѣчаніе можетъ дѣйствительно ввести читателей въ заблужденіе. Я дѣйствительно въ дальнѣйшемъ изложеніи пытаюсь разъяснить гражданско-политическія основанія *lucrum fructuum consumptorum* и возвращенія *fructus extantes* и говорю, что съ точки зрѣнія предлагаемой мною теоріи возвращеніе *fructus extantes* въ высшей степени умѣстное и вполне естественное явленіе, и что Римляне сами не понимали гражданско-политическаго смысла и значенія разсматриваемаго института. Но, очевидно, выраженія: „естественно“ и „само собою разумѣется“ въ этихъ разныхъ частяхъ моего изложенія имѣютъ совсѣмъ различный смыслъ, такъ что противорѣчія никакого нѣтъ. Здѣсь я говорю о томъ, что римскіе юристы относились къ возвращенію *fr. extantes*, какъ къ привычному юридическому явленію, а ниже рѣчь идетъ объ естественности и умѣстности этого юр. явленія съ гражданско-политической точки зрѣнія, съ точки зрѣнія экономическихъ его основаній. Разные религиозные обряды и традиціонные обычаи признаются со стороны народовъ, слѣдующихъ имъ, именно потому особенно естественными и необходимыми, что не возникаетъ вопросовъ: „почему“, „для чего“, „на какомъ основаніи?“. Защиту владѣнія мы считаемъ явленіемъ необходимымъ и само собою разумѣющимся въ развитой системѣ права, а между тѣмъ насчетъ основанія защиты владѣнія почти столько мнѣній, сколько изслѣдователей этого вопроса.

Что же касается сбивчивой неполноты § 35 и существующей будто бы трудности вывода изъ него, что *fructus extantes* подлежатъ возвращенію („*Durfte er sich da auf das Wissen der Leser*“ (d. h. der Anfänger) „*verlassen? Durfte er auch bei vorgeschrittenen Lesern voraussetzen, dass sie ihm den feinen, verborgenen Gedanken gleich nachdachten...?*“), то намъ кажется, что тѣмъ „начинающимъ“ изучать право, для которыхъ нашъ фрагментъ

Едва ли даже теперь, несмотря на замѣчательное увлеченіе интерполяціоннымъ дѣломъ представителей романизма, кто-нибудь сталъ бы спорить противъ того общаго принципа, что утверждающій интерполяцію долженъ обосновать свое утвержденіе и не можетъ требовать того, чтобы *opus probandi* было взято на себя тѣми, которые исходятъ изъ наличнаго текста, т.-е. чтобы эти послѣдніе, кромѣ устраненія доводовъ въ пользу интерполяціи, предъявляли положительныя доказательства подлинности текста. Тѣмъ не менѣе мы считаемъ полезнымъ здѣсь еще добавить, что разсмотрѣнные фрагменты не только не оправдываютъ доводовъ нашихъ противниковъ, но даже являются положительнымъ аргументомъ въ пользу того, что они не служили средствомъ для проведенія реформы относительно *fructus extantes*.

Такая реформа не могла бы быть высказана, какъ обычное и естественное явленіе, ибо она нарушала бы и шокировала обычный ходъ юридическаго мышленія; она была бы введена не *implicite*, а *explicite*. Какой смыслъ былъ бы для компиляторовъ скрывать реформу и вводить ее путемъ контраранды въ изреченія классическихъ юристовъ, не высказывая и здѣсь просто и рѣшительно, что *fructus extantes* должны быть возвращены, а искусственно вызывая впечатлѣніе, будто классическіе юристы предполагаютъ это положеніе извѣстнымъ и признаннымъ. Мы встрѣтились выше по поводу *fr. 4 § 2 fin. leg* съ замѣчаніемъ объ истинно компиляторской хитрости, о необходимости читать между строками, чтобы понять суть дѣла. Зачѣмъ имъ были эти тонкости, кого имъ надо и возможно было обмануть? Къ современни-

представляетъ эту именно трудность, лучше бросить свои начинанія и обратиться къ такому труду, который доступенъ и слабоумнымъ.

Да къ тому же цѣль фрагмента вовсе не въ сообщеніи читателямъ о возвращеніи *fructus extantes*, а въ указаніи на приобрѣтеніе права собственности на плоды. Наконецъ, мы уже выше указали, что упреки въ недостаточномъ полномъ и элементарномъ изложеніи направлены по ошибочному адресу, если въ нихъ видятъ доказательство интерполяціи. Оспариваемое замѣчаніе Перниса слѣдовало бы обратить противъ него же и выразить такъ: „Напрасно компиляторы вставили кусокъ подлиннаго текста безъ приноровленія его къ потребностямъ учащихся“. Но и этотъ упрекъ по адресу компиляторовъ былъ бы слишкомъ педантичнымъ и едва ли справедливымъ.

камь ихъ это не могло относиться. Остается предположить, что они хотѣли провести новыхъ романистовъ, и къ прочимъ сквернымъ чертамъ характера кодификаторовъ прибавить ихъ стремленіе интриговать противъ будущей науки ¹⁾.

Къ фрагментамъ, въ которые намекъ на возвращеніе *fructus extantes* введенъ путемъ интерполяціи, Чиляржъ относитъ также l. 48 pr. D. de acq. rer. d. 41,1:

Paulus libro septimo ad Plautium. Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt...

Здѣсь Чиляржъ констатируетъ намекъ на возвращеніе *fructus extantes* въ словахъ *interim* и *paene* (стр. 579, 580), но считаетъ эти слова интерполированными, потому что въ другихъ частяхъ текста объ обязанности возвращенія не говорится, а упоминается только о приобрѣтеніи права собственности на плоды; кромѣ того, по мнѣнію автора, слово *interim* неправильно, „такъ какъ *bonae fidei possessor* и по Юстиніанову праву не всѣ плоды только *interim suos facit*“.

Едва ли было бы слишкомъ рѣзко назвать эти замѣчанія педантскими. Что Павелъ не упоминаетъ особо и непосредственно о возвращеніи *fructus extantes*, вполне естественно, потому что темою его фрагмента является вещный вопросъ, приобрѣтеніе права собственности, а не обязательственныя отношенія между добросовѣстнымъ владѣльцемъ вещи и ея собственникомъ. Скорѣе неестественнымъ было бы со сто-

¹⁾ По поводу моего указанія на невѣроятность такого скрытаго приѣма введенія реформы Регісе (стр. 362) соглашается, что это не соответствуетъ обычнымъ приѣмамъ Юстиніана, „хотя есть и подобные примѣры“—Таковыхъ авторъ не указываетъ, а только ослабляетъ значеніе нашего возраженія предположеніемъ, что „правило о возвращеніи *fructus extantes* выработалось на практикѣ когниціоннаго процесса и было лишь признано и одобрено Юстиніаномъ“ (стр. 363). Это предположеніе мы считаемъ важнымъ успѣхомъ по сравненію съ теоріей Чиляржа (ср. ниже) и не отрицаемъ нѣкотораго значенія его, какъ оборонительнаго средства противъ возраженія въ текстѣ. Но вполне лишитъ значенія нашъ доводъ и гипотеза Регісе не въ состояніи. И не будучи авторомъ реформы, Юстиніанъ (кодификаторы) не имѣлъ основаній избѣгать прямого и яснаго констатирования измѣненія права.

роны компиляторовъ (въ случаѣ ихъ желанія измѣнить фрагментъ въ направленіи воображаемой Чиляржомъ реформы) прибавленіе словъ *interim* и *raene* вмѣсто прямого указанія на возвращеніе *fructus extantes*. Что касается неправильности выраженія *interim*, если оно намекаетъ на возвращеніе *fructus extantes*, то оно не претендуетъ на званіе опредѣленного юридическаго термина, а просто имѣетъ въ виду, что до *consumptio lucrum* плодовъ еще не рѣшено окончательно. Если слово *interim* неправильно, потому что *b. f. possessor* не всѣ плоды удерживаетъ только *interim*, то съ точки зрѣнія придирчивой критики такъ же неправильно было бы положеніе, что „*b. f. p.* приобрѣтаетъ на плоды право собственности, но обязанъ возвратить *fructus extantes*“, такъ какъ эта обязанность наступаетъ не всегда ¹⁾.

¹⁾ Впрочемъ, нѣкоторые толкователи нашего мѣста слово *interim* понимаютъ въ томъ смыслѣ, что добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ плоды, пока остается добросовѣстнымъ владѣльцемъ, ср. Кремлевъ, стр. 51, и приведенныя имъ цитаты; eodem богатая коллекція и подробный разборъ всевозможныхъ толкованій, вызванныхъ въ высшей степени невинными и неважными словечками *interim* и *raene*. Впрочемъ, особыхъ ученыхъ трактатовъ, специально посвященныхъ этимъ словамъ, нѣтъ, если не считать изслѣдованій, которыя свои особыя теоріи нашего института опираютъ главнымъ образомъ на слово *interim*. *Difficile est satiram non scribere*. Сколько дорогого времени было потеряно и теряется на созданіе теорій, основанныхъ на глубокомысленномъ толкованіи или педантическомъ разборѣ разныхъ невинныхъ словечекъ римскихъ юристовъ! Сколько времени иногда приходится поневолѣ терять на очищеніе изслѣдуемыхъ источниковъ отъ разныхъ подозрѣній и всего хлама искусственныхъ перетолковываній!

Pernice (стр. 36) прим.) и Oertmann (стр. 581), конечно, настаиваютъ дальше на интерполяціи слова *interim*. Я, впрочемъ, въ *Fruchtvertheilung*, стр. 152, самъ неосторожно далъ поводъ для дальнѣйшей полемики замѣчаніемъ, что „право собственности на плоды прекращается или вслѣдствіе *restitutio*, или вслѣдствіе *consumptio*“ и поэтому къ слову *interim* нельзя придираться. Теперь мнѣ самому такое оправданіе слова *interim* кажется неумѣстнымъ и не соответствующимъ болѣе невинному смыслу выраженія Павла. Но мои противники полемизируютъ съ другой точки зрѣнія. Они исходятъ изъ того, будто слово *interim* означаетъ интеримистическую собственность, такъ что я, защищая это слово отъ упрековъ, защищаю вмѣстѣ съ тѣмъ интеримистичность права собственности на плоды. Такое недоразумѣніе не можетъ быть оправдано тѣмъ, что я говорю на стр. 152 *Fruchtvertheilung*, и прямо и абсолютно исключается тѣмъ, что сказано въ другомъ мѣстѣ моего изслѣдованія по поводу отвергаемой мною теоріи „*interimistisches Eigenthum*“.

Подобныя же „доказательства интерполяціи“ Чиляржъ приводитъ и по поводу приведенной выше (стр. 41) l. 40 D. de acq. r. d. 41, 1. Онъ указываетъ, что въ концѣ мѣста *fructus suos facere* ограничено словомъ *consumptos*, между тѣмъ какъ въ предыдущей части фрагмента о такомъ ограниченіи нѣтъ рѣчи (стр. 580). Этотъ упрекъ основанъ на игнорированіи того обстоятельства, что въ случаѣ приобрѣтеній рабовъ различіе *fructus extantes* и *consumpti* не имѣетъ значенія. Далѣе, онъ указываетъ на юридическую неточность выраженія „*fructus consumptos suos faciat*“. Объ этомъ мы уже говорили выше (стр. 13) ¹⁾.

Аргументомъ для интерполяціонной теоріи Чиляржъ считаетъ далѣе то обстоятельство, что въ трехъ фрагментахъ дигестъ констатируется только приобрѣтеніе права собственности на плоды, а объ обязанности возвращенія *fr. extantes* совсѣмъ не упоминается. Это — l. 25 § 1, l. 28 D. de usur. 22,1 и l. 48 §§ 5, 6 D. de furtis 47,2. Сюда слѣдуетъ отнести также l. 4 § 19 D. de usuc. 41,3. Здѣсь тоже не говорится о *restitutio*, а только о приобрѣтеніи права собственности (ср. выше, стр. 5). И такъ отсутствіе обязанности возвращать *fructus extantes* въ классическомъ правѣ доказываетъ наличность этихъ четырехъ фрагментовъ, не содержащихъ даже намека на *restitutio*. Такъ ли это?

Если обратиться къ разсмотрѣнію этихъ фрагментовъ, то оказывается: они всѣ занимаютъ такими вопросами и содержатъ такія разсужденія, что включеніе въ нихъ положенія о *restitutio fructuum extantium* было бы совсѣмъ неумѣстно и противно юридическому и литературному такту. Въ l. 48 cit. рѣчь идетъ о *vitium* крадености вещи (*res furtiva*) и его значеніи для приобрѣтенія *fructus* и *partus ancillae*; въ l. 25 § 1 cit. обсуждается значеніе того обстоятельства, что собирающій плоды ихъ не сѣялъ; въ l. 28 cit. рѣчь идетъ о томъ, что принадлежитъ къ плодамъ, а что нѣтъ; въ l. 4 § 19 cit.—о томъ, при какихъ условіяхъ плоды признаются крадеными. Во всѣхъ четырехъ фрагментахъ говорится объ обстоятельствахъ, которыя имѣютъ значеніе для приобрѣтенія

¹⁾ Подробное разсужденіе по поводу этого мѣста ср. Кремлевъ, стр. 102 и сл. Pernice и Oertmann оставляютъ l. 40 cit. въ своихъ полемикахъ въ сторонѣ.

права собственности путем *usucapio* или *statim*. Поэтому въ нихъ и упоминается, какъ о послѣдствіи выставляемыхъ положеній, о приобрѣтеніи права собственности. Но всѣ эти обстоятельства не имѣютъ никакого отношенія къ вопросу о *restitutio fructuum extantium*. Поэтому упоминаніе о *restitutio* было бы во всѣхъ четырехъ фрагментахъ нелогичнымъ и чуждымъ элементомъ ¹⁾.

Подводимъ итоги о состояніи классическихъ источниковъ:

1. Фрагменты, говорящіе о возвращеніи плодовъ при *rei*

¹⁾ Oertmann противъ этого аргумента не полемизируетъ, но Pernice все-таки выставляетъ въ текстѣ (стр. 360) положеніе: Этимъ во многихъ отношеніяхъ спорнымъ изреченіямъ тѣмъ опредѣленіемъ противостоятъ другіе фрагменты, въ которыхъ ничего не упоминается о *fructus consumpti*, а, напротивъ, приписываются добросовѣстному владѣльцу всѣ до-процессуальные плоды“ и къ этому тексту присоединяетъ примѣчаніе, содержащее ссылки на источники. Въ этомъ примѣчаніи приведены два мѣста: l. 48 § 5 sq. de furt. 47,2 и l. 28 pr. de usur. 22,1. По поводу перваго мѣста авторъ соглашается, что здѣсь не было особаго повода („nicht so nahe gelegen“) упоминать о необходимости *consumptio*. Напротивъ, по поводу fr. 28 pr. de usur. 22,1: *in pecudum fructu etiam fetus est sicut lac et pilus et lana; itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt b. f. possessoris et fructuarii* — онъ замѣчаетъ: „Здѣсь съ точки зрѣнія догматическаго изложенія можетъ, вслѣдствіе сопоставленія съ *узифруктуаріемъ*, подать поводъ къ недоразумѣніямъ то обстоятельство, что ничего не упомянуто о *consumptio*“.

Теперь спрашивается, гдѣ же тѣ мѣста (хотя бы въ единственномъ числѣ), которыя приписываютъ владѣльцу всѣ до-процессуальные плоды (т. е. не только право собственности, но и свободу отъ *restitutio fr. extantium*). Откуда такое несоотвѣтствіе между смѣлымъ утверженіемъ въ текстѣ и этимъ скромнымъ примѣчаніемъ, сводящимся къ выговору по адресу одного фрагмента за то, что тамъ говорится только о вещныхъ отношеніяхъ и нѣтъ (во избѣжаніе возможныхъ по мнѣнію автора недоразумѣній) добавленія относительно обязательственныхъ и исковыхъ правилъ? Дѣйствительно въ l. 28 положеніе владѣльца сопоставляется съ положеніемъ *узифруктуарія*, но только по вопросу вещнаго права, такъ что только плохой юристъ „съ догматической точки зрѣнія“ могъ бы смѣшать съ этимъ вопросы обязательственнаго права. И если утверженіе автора въ текстѣ о приписаніи владѣльцу (какъ съ вещной, такъ и обязательственной точки зрѣнія) всѣхъ до-процессуальныхъ плодовъ основывается на этомъ фрагментѣ, то намъ остается только констатировать, что въ данномъ случаѣ и вообще во всей полемикѣ по поводу теоріи Чиларжа примѣняются такіа средства научной борьбы, которыя вовсе не соответствуютъ обычнымъ научнымъ пріемамъ высокоуважаемаго автора, справедливо признаемаго наиболѣе авторитетнымъ изъ живущихъ теперь историковъ римскаго гражданскаго права.

vindicatio, a. fin. regundorum, actio hypothecaria, ограничивают ясно и несомненно iustum добросовѣстнаго владѣльца потребленными плодами.

2. Фрагменты, говорящіе ex professo о приобрѣтеніи права собственности на плоды, содержатъ также краткія указанія на обязанность возвращенія. Эти указанія являются въ виду темы этихъ фрагментовъ вовсе не необходимыми добавленіями. Въмѣсто высказыванія упрековъ по поводу отсутствія болѣе подробныхъ сообщеній о restitutio въ этихъ мѣстахъ естественнѣе было бы говорить объ отсутствіи строгаго соблюденія темы, о ненужныхъ добавленіяхъ.

3. Обязанность возвращенія не упоминается только въ такихъ фрагментахъ, которые обсуждаютъ юридическія свойства плодовъ или плодоносныхъ вещей и упоминаютъ о приобрѣтеніи права собственности на плоды лишь какъ о дальнѣйшемъ послѣдствіи выставляемыхъ положеній о vitia rei или отнесенія данныхъ объектовъ къ плодамъ. Говорить здѣсь еще о такихъ дальнѣйшихъ послѣдствіяхъ приобрѣтенія права собственности, которыя зависятъ только отъ приобрѣтенія собственности, но лишены всякой связи съ выставляемыми положеніями, ужъ совсѣмъ не приходилось.

Чиляржъ самъ не считаетъ непосредственныхъ свидѣтельствъ источниковъ достаточнымъ доказательствомъ защищаемой имъ теоріи. Онъ называетъ ихъ только „противорѣчіями со стороны источниковъ“ (Widersprüche der Quellen, стр. 571) и пытается устранить ихъ приведенными выше возраженіями. Онъ даже прямо признаетъ, что эти возраженія не даютъ намъ еще научнаго права признать интерполяціи. „Но эта критика содержанія и изложенія“, замѣчаетъ онъ вполнѣ правильно, „сама по себѣ никоимъ образомъ не въ состояніи доказать неподлинность всѣхъ приведенныхъ фрагментовъ“ („Keineswegs vermag aber diese Kritik des Inhalts und der Ausdrucksweise für sich allein die Unechtheit aller angeführten Fragmente darzuthun“, стр. 582). Рѣшающее значеніе для автора имѣютъ не „мало убѣдительныя“ (wenig dringenden) основанія для подозрѣній противъ большинства разсмотрѣнныхъ фрагментовъ, а инныя положительныя основанія. И мы оспаривали всѣ эти возраженія не столько съ полемическою цѣлью, ибо они для теоріи Чиляржа не имѣютъ большого значенія, сколько для того, чтобы при этомъ случаѣ создать

прочное основаніе для нашего дальнѣйшаго объясненія института ¹⁾). Та же цѣль заставляетъ насъ, прежде чѣмъ перейти къ критикѣ положительныхъ доказательствъ интерполяціонной теоріи, еще разсмотрѣть тотъ законъ, который, по мнѣнію Чиляржа, впервые ввелъ *restitutio fructuum extantium*. Это l. 22 Cod. de r. v. 3,32:

Idem (Imp. Diocletianus et Maximianus) AA. et CC. Diodoto. Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos.

Если бы мы и не имѣли никакихъ „противорѣчащихъ“ фрагментовъ классическихъ юристовъ, то этотъ законъ былъ бы самъ по себѣ достаточнымъ для ниспроверженія теоріи Чиляржа.

Прежде всего а priori крайне невѣроятно, чтобы предпо-

¹⁾ Эти замѣчанія — дословный переводъ соответственнаго мѣста въ Fruchtvertheilung (стр. 154). Теперь положеніе дѣла измѣнилось. Въ дальнѣйшемъ изложеніи въ Fruchtvertheilung и въ настоящемъ изданіи я пытаюсь разрушить тотъ положительный фундаментъ, на которомъ собственно построилъ и основалъ свою теорію Чиляржъ. Что этотъ фундаментъ дѣйствительно разрушенъ, повидимому, признаютъ даже Pernice и Oertmann; несмотря на то, что въ изслѣдованіи Чиляржа и моей критикѣ его теоріи центръ тяжести лежитъ не въ разсмотрѣнныхъ мелочныхъ придиркахъ къ выраженіямъ источниковъ, а въ тѣхъ вопросахъ, которые разсматриваются ниже, ни Pernice, ни Oertmann не возражаютъ противъ того, что говорится дальше въ „Fruchtvertheilung“, и не создаютъ на мѣсто разрушеннаго новаго положительнаго фундамента для признанія въ классическомъ правѣ свободы отъ *restitutio fructuum extantium*, а переводятъ центръ тяжести теоріи на ту почву, которую самъ авторъ ея призналъ шаткою и недостаточною. Кромѣ того, они въ виду приведенныхъ ниже (стр. 96, „Fruchtvertheilung“, стр. 154 и сл.) соображеній по поводу l. 22 Cod. de r. v. 3,32 дѣлаютъ по сравненію съ Чиляржомъ ту уступку, что приписываютъ введеніе *restitutio fructuum extantium* не произволу императорскаго законодательства, а гражданско-правовой практикѣ. Это важно для нашей теоріи института, поскольку мы считаемъ его во всѣхъ частяхъ (въ частности и въ области *restitutio fructuum extantium*) замѣчательно удачнымъ съ гражданско-политической точки зрѣнія бессознательнымъ продуктомъ практическаго опыта. Такимъ образомъ въ настоящемъ изданіи приведенныя выше гораздо болѣе подробныя, нежели въ Fruchtvertheilung, замѣчанія являются главнымъ образомъ вынужденною полемикою по спеціальному вопросу, не имѣющему уже для нашей собственной теоріи особаго значенія въ виду общаго согласія на признаніе несостоятельности теоріи Чиляржа о вмѣшательствѣ императорскихъ указовъ.

лагаемая Чиляржомъ реформа была произведена рескриптомъ, т.-е. путемъ отвѣта частному лицу на юридическій вопросъ, а l. 22, какъ видно изъ ея надписанія, была несомнѣнно не закономъ въ собственномъ смыслѣ (каковымъ она является въ качествѣ составной части теперешняго кодекса), а рескриптомъ.

Но далѣе нашъ рескриптъ самъ сообщаетъ, что онъ держится почвы дѣйствующаго уже и общепризнаннаго права и не вводитъ ничего новаго. „Certum est.“ указываемое правило является не только дѣйствующимъ, но и общепризнаннымъ правиломъ. „Solere“: правило примѣняется на практикѣ и есть обычное право. Чиляржъ не обратилъ вниманія на эти знаменательныя указанія l. 22, считаетъ нашъ рескриптъ самъ по себѣ подлиннымъ, но дѣлаетъ свою теорію еще смѣлѣе и невѣроятнѣе тѣмъ, что высказанное въ l. 22 положеніе онъ приписываетъ не Діоклеціану, а болѣе позднему времени (стр. 562) ¹⁾.

Основаніе для этого авторъ находитъ въ l. 1 Cod. Theod. de fruct. 4,18 (Valentinianus и Valens):

¹⁾ Какъ упомянуто выше, Pernice и Oertmann не защищаютъ теорію Чиляржа, поскольку она приписываетъ введеніе fructus extantes императорскому законодательству, и замѣняютъ это послѣднее судебною практикою. Но оба они выражаютъ эту свою точку зрѣнія нѣсколько странно, съ какимъ то особымъ неудовольствіемъ и принужденностью и при томъ не ясно и категорически, а такъ, какъ будто можно было бы и здѣсь защищать Чиляржа. Такъ, Oertmann замѣчаетъ (стр. 581 и 582): „Точно также нельзя согласиться съ Петражицкимъ, что l. 22 С. III, 32, на которую опирается Чиляржъ, говоритъ противъ него, въ крайнемъ случаѣ изъ слова „solere“ можно сдѣлать выводъ, что Діоклеціанъ установилъ возвращеніе fructus extantes, опираясь на существующую уже тогда практику (im Anschluss an eine damals bereits bestehende Praxis anordnete)“. Характерно здѣсь несоотвѣтствіе вѣдншнаго вида замѣчанія и его замаскированнаго содержанія. l. 22 „не говоритъ противъ Чиляржа“; „Діоклеціанъ ввелъ, установилъ (anordnete) возвращеніе плодовъ“; „дѣйствующая практика“ играла роль какой-то опоры для нововведенія. Зачѣмъ эта вся дипломатія? Нѣтъ яснаго и опредѣленнаго признанія значенія l. 22 и у Перниса. На стр. 356 онъ называетъ l. 22 „плохо стилизованнымъ, подозрительнымъ распоряженіемъ Діоклеціана“. Въ чемъ подозрительность и плохой слогъ нашего закона, Пернисъ не указываетъ, но изъ приведенныхъ словъ видно, что ему хотѣлось бы и l. 22 признать интерполированную и лишить ее значенія, впрочемъ и этого онъ прямо не утверждаетъ, а на стр. 362 и 363 Лабееона мы находимъ въ видѣ отвѣта на мое указаніе, что реформы вводятся не *implicite*, а *explicite* (ср. выше), предположеніе, что правило о fructus extantes возникло въ судебной практикѣ и было лишь одобрено Юстиніаномъ.

Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum, quos ipse percepit agnoscat: sed duplos fructus et eos, quos percipi oportuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur: ei vero, qui simpliciter tenet, ex eo quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit, heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est.

Изъ этого мѣста авторъ заключаетъ, что во время императоровъ Валентиніана и Валента добросовѣстный владѣлецъ не отвѣчалъ за плоды, собранные до *litis contestatio*, потому что въ этомъ законѣ о такой отвѣтственности не говорится.

Между тѣмъ вполнѣ естественно, что императоры говорятъ только о плодахъ, собранныхъ послѣ *litis contestatio*, потому что они обсуждаютъ только послѣдствія *vitium possessionis. mala fides*. Возвращеніе плодовъ, собранныхъ до *scientia malae possessionis*, вовсе не отвергается тѣмъ, что на *sciens possessor* налагается штрафъ. Этотъ штрафъ на первоначально добросовѣстнаго владѣльца возлагается съ момента *L. C. (ratio habetur ex eo . . .)* и состоитъ въ *duplum* плодовъ. Такъ понимали это мѣсто и компиляторы, которые во всякомъ случаѣ не отвергали возвращенія *fructus extantes* и тѣмъ не менѣе не ввели соотвѣтственнаго измѣненія въ законъ при внесеніи его въ компиляцію (ср. *l. 2 C. de fruct. 7,51*) ¹⁾.

¹⁾ Точно также ошибочно было бы изъ рескрипта, содержащагося въ *l. 2 Cod. Inst. de p. h. 3,31*, дѣлать выводъ о невозвращеніи *fr. extantes* при *rei vindicatio* во время Севера и Каракаллы (ср. Кремлевъ, стр. 136 и сл.). Компиляторы во всякомъ случаѣ не придавали ему такого значенія, если помѣстили его безъ указанія на *restitutio fr. ext.* въ кодексахъ. Что же касается первоначальнаго рескрипта въ полномъ видѣ, то онъ, можетъ быть, и не давалъ даже повода для сомнѣній и неправильныхъ предположеній, напр., вслѣдствіе того, что по обстоятельствамъ дѣла (напр., наслѣдство состояло въ городскихъ имуществахъ, рабахъ и т. п.) о *fructus extantes* вообще не могло быть рѣчи. Чиларжъ и его защитники, впрочемъ, не пользуются *l. 2 Cod. cit.* для выводовъ въ свою пользу, оставляя этотъ законъ въ сторонѣ. Вообще пользоваться дѣйствительными или мнимыми недомолвками и неточностями императорскихъ рескриптовъ, законовъ и т. п. для возстановленія ученій классическихъ юристовъ мѣра весьма нецѣле-

Равнымъ образомъ и другое предположеніе Чиляржа относительно рескрипта Діоклеціана, а именно, что онъ первоначально можетъ быть относился къ *hereditatis petitio* (стр. 563), не выдерживаетъ критики; во время Діоклеціана дѣйствовало уже *setum Iuencianum*, по которому различіе между *fructus extantes* и *consumpti* не имѣетъ никакого значенія; а рескриптъ опирается на дѣйствующее право.

Теперь мы можемъ перейти къ тѣмъ положительнымъ основаніямъ, которыя собственно побудили Чиляржа предположить столько интерполяцій. Ошибочность всѣхъ этихъ основаній вытекаетъ уже изъ положеній, доказанныхъ нами въ догматическомъ изложеніи института. Поэтому разсмотрѣніе этой самой главной и существенной части изслѣдованія Чиляржа не потребуетъ здѣсь много мѣста:

1. Свободу добросовѣстнаго владѣльца отъ *restitutio fructuum extantium* положительно и ясно доказываетъ, по мнѣнію Чиляржа ¹⁾, l. 48 D. de R. V. 6,1 (стр. 566 и сл.). Это мѣсто приведено нами и объяснено уже выше (стр. 31 и сл.). То обстоятельство, что въ этомъ фрагментѣ (и въ l. 65 eod.) Папиніанъ не дѣлаетъ никакого различія между *fructus extantes* и *consumpti* никоимъ образомъ не доказываетъ, что *b. f. possessor* не былъ обязанъ возвращать *fructus extantes*. Фрагментъ предполагаетъ, что добросовѣстный владѣлецъ не получилъ чистой прибыли отъ владѣнія (*sumptus. . . fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant*), поэтому о возвращеніи плодовъ, а слѣдовательно и о различіи между *fructus extantes* и *consumpti* вообще рѣчи быть не могло. Чиляржъ и его предшественники только потому считаютъ l. 48 и l. 65 *cit.* аргументомъ въ свою пользу и даже приписываютъ имъ весьма существенное значеніе для своей теоріи, что не былъ достаточно уясненъ вопросъ объ отношеніи возвращенія плодовъ къ опредѣленію чистой прибыли ²⁾.

сообразная, тѣмъ болѣе если о классическомъ правѣ дѣлаются подобныя выводы вопреки дѣйствительно классическимъ фрагментамъ.

¹⁾ И его предшественниковъ въ области интерполяціонной теоріи, ср. Pellat I. c., Кремлевъ стр. 128 и сл.

²⁾ Весьма неточныя и неправильныя положенія объ издержкахъ высказываетъ Кремлевъ I. c. стр. 129 и сл., ср. различныя его положенія объ издержкахъ со сказаннымъ выше, стр. 31 и сл. и „Lehre v. Einkommen“, томъ I, § 11, стр. 143 и сл., стр. 150 и сл., стр. 291 и сл.

Что вычесть всей суммы *fructus percepti* изъ суммы издержекъ не противорѣчитъ различному обсужденію *fructus extantes* и *fr. consumpti* въ случаѣ наличности не *superfluous sumptus*, а *superfluous fructus* подтверждаетъ l. 42 § 1 D. 24,3:

Papinianus libro quarto responsorum. Fructus ex praediis, quae in dotem data videbantur, bona fide perceptos et mulieris oneribus ante causam liberalem absumptos, quamvis servam fuisse postea constiterit, peti non posse placuit. sumptus vero necessarios et utiles in praedia quae dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit.

Здѣсь ясно видно, какъ положеніе, по которому добросовѣстный владѣлецъ люкрируетъ только *fructus absumpti*, вполне мирно уживается съ тѣмъ вполне естественнымъ правиломъ, что для рѣшенія вопроса, есть ли на лицо *superfluous sumptus*, изъ суммы издержекъ вычитается вся сумма извлеченнаго владѣльцемъ дохода безъ различія между *fructus consumpti* и *extantes*.

Между прочимъ замѣтимъ, что этотъ фрагментъ былъ упущенъ изъ виду какъ Чиляржомъ и его послѣдователями, такъ и мною въ нѣмецкомъ изданіи настоящаго изслѣдованія. Въ немъ мы находимъ еще одно подтвержденіе различнаго обсужденія *fructus extantes* и *consumpti* въ классическомъ правѣ.

2. Второе доказательство доставляютъ Чиляржу правила о приобрѣтеніяхъ добросовѣстнаго владѣльца раба или свободнаго человѣка (стр. 526—558). Изъ того обстоятельства, что приобрѣтенное чрезъ рабовъ, находящихся въ добросовѣстномъ владѣніи, оставалось окончательнымъ *lucrum* владѣльца, и что съ другой стороны римскіе юристы приравниваютъ добросовѣстное владѣніе рабомъ въ области нашего вопроса къ *b. f. possessio* другихъ вещей, авторъ приходитъ къ заключенію, что никакой добросовѣстный владѣлецъ по классическому праву не возвращалъ плодовъ. Но выше мы доказали, что *b. f. possessor servi* потому ничего не возвращаетъ, что онъ не извлекаетъ никакихъ т. н. *fructus naturales*. Онъ, слѣдовательно, по общему принципу такъ же свободенъ отъ возвращенія, какъ, напр., добросовѣстный владѣлецъ чужого дома, вола и т. п. Юридически въ этомъ отношеніи добросовѣстный владѣлецъ раба не отличается отъ иныхъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ. Гдѣ не можетъ быть рѣчи о *fructus*

extantes, тамъ не можетъ быть рѣчи и объ ихъ *restitutio*, независимо отъ того, является ли объектомъ владѣнія рабъ или иной предметъ, который не даетъ доходовъ, подходящихъ подъ понятіе *fructus extantes*. Но фактически между владѣльцемъ раба и владѣльцемъ вещи, приносящей естественные плоды, существуетъ та разница, что у послѣдняго могутъ оказаться въ случаѣ *rei vindicatio fructus extantes*, такъ что можетъ возникнуть и вопросъ о *restitutio*. На это различіе намекаютъ слова „*ferre*“ и „*propius accedere*“ въ l. 40 D. de a r. d. 41,1 и l. 25 § 2 D. de usuris 22,1 (ср. выше стр. 41 и сл.). Съ точки зрѣнія Чиларжа, который полагаетъ, что классическое право не знаетъ возвращенія *fr. extantes*, эти выраженія необъяснимы. О „*ferre*“ въ l. 40 *cit.* онъ замѣчаетъ, что Африканъ этимъ не желаетъ выразить никакого различія, что „онъ только осторожно выражается; онъ могъ бы *ferre* смѣло пропустить“ (стр. 553). Но если нѣтъ никакого различія, тогда *ferre* является не осторожнымъ, а, напротивъ, неправильнымъ, неосторожнымъ выраженіемъ, потому что оно указываетъ на несуществующую разницу. Впрочемъ и здѣсь авторъ прибѣгаетъ также и къ средству заподозрѣнія подлинности текста. Тогда слѣдовало бы объявить интерполированными и слова „*propius accedere*“ въ l. 25 § 1 D. de usuris!

Что правила о приобрѣтеніи рабовъ не могутъ служить доказательствомъ въ пользу теоріи Чиларжа, слѣдуетъ уже изъ признаннаго имъ правила о наемной платѣ, полученной добросовѣстнымъ владѣльцемъ до L. C. (стр. 566). Этимъ правиломъ авторъ т. н. гражданскіе плоды исключаетъ изъ категоріи *fructus extantes*. Впрочемъ, онъ тамъ же выставляетъ особыя правила для принадлежащихъ владѣльцу исковъ, а на стр. 612 впадаетъ въ противорѣчіе со сказаннымъ раньше, причисляя неиздержанные *fructus civiles* къ подлежащимъ возвращенію *fr. extantes*. Но этотъ принципъ, исходящій изъ точки зрѣнія обогащенія, въ свою очередь противорѣчитъ тому, что авторъ высказалъ на стр. 516 пр., т. е. тому, что обогащеніе не имѣетъ никакого значенія.

Такимъ образомъ и это второе положительное доказательство невозвращенія *fructus extantes* въ классическомъ правѣ основано на недоразумѣніи и возникло вслѣдствіе отсутствія опредѣленнаго и научно достовѣрнаго рѣшенія вопроса о томъ,

что такое *fructus extantes* и что относится къ *fructus consumpti*.

3. Наконецъ, послѣднее положительное доказательство состоитъ въ томъ, что ни одно мѣсто въ источникахъ не занимается вопросомъ о необходимости *bona fides* въ моментъ *consumptio* (стр. 523). Это объяснимо только тогда, если предположить, что въ классическомъ правѣ *consumptio* не имѣла никакого значенія, что поэтому классическіе юристы не занимались условіями *consumptio*.

И это сомнѣніе мы рѣшили въ догматическомъ изложеніи, указавъ на примѣненіе общихъ правилъ о *casus, culpa* и *dolus* къ обязательству *restitutio fructus extantes* ¹⁾.

¹⁾ Я уже указалъ выше, что мои противники и защитники теоріи Чиларжа противъ этой части моей полемики не возражаютъ. Мало того, хотя Oertmann при своей защитѣ интерполяціонной теоріи обходитъ молчаніемъ эти съ точки зрѣнія Чиларжа существенные и рѣшающіе положительные доводы и мои возраженія, тѣмъ не менѣе изъ другихъ мѣстъ его рецензій можно прямо заключить, что онъ всю положительную аргументацію Чиларжа считаетъ опровергнутою. Такъ, на стр. 579 и 580, разбирая догматическую часть „Fruchtvertheilung“, Oertmann говоритъ: „Отъ обязанности возвращенія освобождаетъ *consumptio* плодовъ; подъ послѣдней по вѣрному объясненію автора слѣдуетъ разумѣть не только потребление, но также и отчужденіе плодовъ, при чемъ эквивалентъ не вступаетъ на мѣсто отчужденныхъ плодовъ (противъ Виндшейда). Доказательство стр. 112 построено въ высшей степени остроумно (на основаніи аналогіи *vindicatio fructuum extantium* противъ недобросовѣстнаго владѣльца). Справедливо также замѣчаніе, что вопросъ о томъ, требуется ли *bona fides* въ моментъ *consumptio*, неправильно поставленъ, — дѣло идетъ объ обязательствѣ, исполненіе котораго дѣлается невозможнымъ вслѣдствіе *consumptio*; слѣдовательно для эвентуальной обязанности возмѣщенія слѣдуетъ обращать вниманіе на наличность *culpa* (стр. 114). Обязанность возвращенія ограничивается чистою прибылью владѣльца (стр. 114 и сл.)“.

Этими замѣчаніями Oertmann выражаетъ косвенно, но ясно свое отреченіе отъ всѣхъ трехъ „положительныхъ доводовъ“ Чиларжа. Въ частности аргументъ Чиларжа изъ области пріобрѣтенія рабовъ устраненъ признаніемъ правильности предложеннаго мною опредѣленія и доказательства понятія *fr. extantes* на основаніи вывода изъ *vindicatio fructuum extantium*. Но по этому поводу рецензентъ еще сверхъ того говоритъ на стр. 580: „Справедливо доказываетъ далѣе авторъ, что пріобрѣтенія добросовѣстнаго владѣльца раба обезсуждаются по общимъ правиламъ, которыя здѣсь никогда не могутъ вести къ возвращенію плодовъ, потому что пріобрѣтенія раба... всегда относятся къ *fructus civiles* (стр. 124). Въ этомъ положеніи Петражицкіи справедливо находятъ дальнѣйшій очень важный аргументъ противъ теоріи, которая не признаетъ за добросовѣстнымъ владѣльцемъ права собственности на плоды“ (и противъ Чиларжа, слѣдовало критику добавить).

Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы путемъ объясненія смысла и значенія нашего института устранимъ и самоё научную причину, вызвавшую къ жизни теорію о невозвращеніи *fructus extantes* въ классическомъ правѣ, а именно научную потребность въ гипотезѣ, которая бы объяснила—*prima facie* курьезную комбинацію предоставленія права собственности на плоды и отнятія другою рукою этого даянія путемъ *restitutio fructuum* „странный и непонятный институтъ, для котораго нѣтъ аналогій во всей системѣ римскаго права“. Съ точки зрѣнія тенденцій современнаго романизма, приписывающаго классическимъ юристамъ идеальную мудрость, а компиляторамъ все то, что съ точки зрѣнія современныхъ тонкихъ критиковъ достойно порицанія, гипотеза Чиляржа удовлетворила такъ сказать насущной потребности науки и моднымъ вкусамъ современныхъ ученыхъ, для которыхъ приписаніе странной и неудачной *restitutio fructuum extantium* компиляторамъ явилось достаточнымъ разъясненіемъ загадки: если бы *restitutio fructuum extantium* ввели классическіе мудрецы, то это было бы странно и непонятно; если же авторы этой курьезной мѣры компиляторы, то все ясно и понятно.

Точно также въ эпоху схоластики вполне удовлетвори-тельно устранялись затрудненія при телеологическомъ объясненіи міра тѣмъ, что все нецѣлесообразное, неудачное и вредное (съ точки зрѣнія критиковъ нашей вселенной и ея явленій) въ міровой системѣ приписывалось дьяволу. Наша современная наука во многихъ отношеніяхъ весьма похожа на схоластику, а роль дьявола въ нашемъ своеобразномъ пандектномъ мірѣ, въ особенности со времени интерполяціоннаго теченія, любезно исполняютъ компиляторы.

И вотъ, въ дальнѣйшемъ изложеніи мы убѣдимся, что обращаться для объясненія нашего института къ *diabolus pandecticus* нѣтъ вовсе необходимости, что нашъ институтъ не только не можетъ считаться неудачною порчею существовавшего будто бы иного мудраго классическаго права, а напротивъ, представляетъ въ высшей степени удачное регулированіе вопроса, къ тому же не единственное въ своемъ родѣ, а, напротивъ, имѣющее въ системѣ римскаго права интересныя и столь же удачныя аналогіи. Положимъ, и здѣсь въ отличіе отъ другихъ критиковъ нашего изслѣдованія Pernice и Oertmann, какъ увидимъ ниже, сообразно съ своимъ стрем-

леніем защитить во что бы то ни стало интерполяціонную теорію, заявляютъ свое несогласіе со мною и съ тѣми, которые присоединились къ моему объясненію института (Dernburg, Leonhard и др.). Но и ихъ полемика не отрицаетъ того, что невозвращеніе *fructus extantes* могло бы повлечь за собою вредныя хозяйственныя явленія, а Oertmann прямо признаетъ, что указанныя мною „точки зрѣнія могли играть важную роль“ (стр. 584).

Какъ бы то ни было, настоятельная потребность въ интерполяціонной гипотезѣ, которою оправдывалась прежде теорія Чиляржа, больше не существуетъ, и Pernice и Oertmann на ней не настаиваютъ. Такимъ образомъ и въ этомъ отношеніи теорія Чиляржа лишилась своего существеннаго обоснованія, и тѣмъ не менѣе нашлись ученые, которые пытаются спасти хоть жалкіе обломки отъ стройнаго и красиваго зданія, возведеннаго Чиляржомъ, какъ оказалось, на недостаточно твердой почвѣ. Здѣсь до извѣстной степени затронуты принципиальные методологическіе вопросы, такъ съ научнаго чести интерполяціоннаго направленія, и въ виду этого, а также въ виду громаднаго авторитета Перниса, едва ли предыдущія замѣчанія противъ новыхъ аргументовъ въ пользу гипотезы интерполяцій сами по себѣ были бы въ состояніи освободить науку окончательно отъ неправильной и вредной, по нашему убѣжденію, теоріи. При тѣхъ приѣмахъ доказыванія интерполяцій, какіе теперь обыкновенно практикуются, не трудно найти много новыхъ признаковъ „участія компиляторовъ“ въ разсмотрѣнныхъ выше мѣстахъ источниковъ или просто поддерживать дальше интерполяціонную теорію путемъ общихъ утвержденій и отрицаній, заявленій подозрѣній, убѣжденія что „такъ Павелъ не могъ писать“! ¹⁾ и т. п.

Поддерживаетъ интерполяціонное теченіе и дѣлаетъ крайне трудную борьбу съ нимъ и то обстоятельство, что обыкновенно возможно только оспаривать аргументацію въ пользу интерполяціи, но нѣтъ никакой возможности положительно доказать подлинность текста. И приведенныхъ нами выше соображеній мы отнюдь не выдаемъ за положительное и несомнѣнное доказательство, что разсмотрѣ-

¹⁾ Ср. сочиненія Gradenwitz'a, Eisele и др. авторовъ того же направленія *passim*.

рѣшныя мѣста представляютъ подлинный текстъ. Признавая даже полную несостоятельность доводовъ прежнихъ и новыхъ защитниковъ интерполяціонной теоріи, всегда можно сказать: а все таки не исключена возможность, что эти фрагменты интерполированы; доказать противнаго нельзя. Такое же заявленіе сомнѣнія въ подлинности и такая же невозможность положительно доказать подлинность возможны по отношенію почти къ любому фрагменту или выраженію въ дигестахъ, въ частности по отношенію и къ тѣмъ частямъ разсмотрѣнныхъ выше фрагментовъ, подлинность которыхъ признають или даже особо утверждаютъ защитники теоріи Чиляржа.

Конечно, съ точки зрѣнія раціональныхъ научныхъ приемовъ не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что *onus probandi* должно лежать на тѣхъ, кто считаетъ текстъ неподлиннымъ, и что нельзя требовать положительнаго доказательства подлинности отъ тѣхъ, кто исходитъ изъ теперешняго состоянія текста, пока въ пользу искаженія не приведено достаточныхъ доказательствъ. Но представители и защитники интерполяціоннаго теченія мало занимаются критическимъ просмотромъ тѣхъ общихъ посылокъ и приемовъ изслѣдованія и доказыванія, на которыхъ фактически зиждется ихъ направленіе.

Возможенъ, впрочемъ, и случай положительнаго доказательства подлинности объявленныхъ интерполированными фрагментовъ. Такое положительное пораженіе интерполяціонной теоріи возможно въ случаѣ открытія новаго историческаго памятника классическаго происхожденія. Конечно, уповать на такого рода триумфъ почти такъ же трудно, какъ неправильно осужденному на свидѣтельство какого-либо святаго или на иное чудесное обнаруженіе его невинности. По нашему вопросу со времени изданія *Fruchtvertheilung* рѣшенія спора путемъ открытія новаго историческаго памятника не послѣдовало. Но случилось нѣчто подобное. Хотя не было найдено новаго пергамента или мѣдной доски, авторитетно и категорически рѣшающей нашъ споръ, тѣмъ не менѣе намъ случайно удалось открыть новое и исключительно вѣское историческое свидѣтельство въ пользу нашего мнѣнія—въ дигестахъ. Это—*l. 1 D. si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo etc. 25,5*. Насколько намъ извѣстно, это въ высшей степени важное мѣсто не было замѣчено ни однимъ изъ но-

выхъ ученыхъ, занимавшихся вопросомъ о приобрѣтеніи плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ, и въ этомъ смыслѣ мы говоримъ объ „открытіи“ новаго историческаго свидѣтельства. Столь продолжительная неизвѣстность этого фрагмента литературѣ, несмотря на массу изслѣдованій, посвященныхъ нашему интересному институту, объясняется нахожденіемъ его въ титулѣ, заброшенномъ и неважномъ вообще и къ тому же не имѣющемъ повидимому никакого отношенія къ нашему вопросу. И мнѣ не пришло бы никогда въ голову ожидать и искать матеріала для изслѣдованія о приобрѣтеніи плодовъ въ титулѣ 25,5, а натолкнулся я на драгоценный фрагментъ совершенно случайно, уже послѣ изданія *Fruchtvertheilung* ¹⁾.

¹⁾ При собираніи матеріала для задуманныхъ мною послѣдующихъ обширныхъ трудовъ: ученія о доходахъ и ученія о капиталѣ (послѣднее еще не издано), такъ какъ въ этихъ трудахъ предполагалась переработка источниковъ съ совершенно новыхъ точекъ зрѣнія, нельзя было ограничиваться мѣстами источниковъ, собранными, напр., въ монографической литературѣ о *fructus usurae* и т. п., а пришлось рѣшиться на другой способъ собиранія матеріала и внимательно прочесть отъ А. до Z. *Corpus iuris* и другіе наличные источники римскаго права; при этомъ случаѣ я обратилъ вниманіе на l. 1 D. 25,5, которой иначе, можетъ быть, мнѣ никогда бы не пришлось даже мелькомъ увидѣть. А прoros позволю себѣ здѣсь самымъ усерднымъ и убѣдительнымъ образомъ посоветовать тѣмъ, кто намѣренъ предпринять какія-либо обширныя изслѣдованія въ области римскаго права, скептически относиться къ обычному приему собиранія матеріала, т. е. къ коллекціи фрагментовъ, существующей въ наличной монографической литературѣ, особенно если изслѣдователь предполагаетъ провести принципиально новую точку зрѣнія. Въ нескончаемой вереницѣ изслѣдованій по данному вопросу обыкновенно нескончаемое же число разъ пережевывается на всевозможные лады одно и то же ограниченное число фрагментовъ, коллекція которыхъ бываетъ часто далеко не полная и составлена случайно въ зависимости отъ направленія интереса и точки зрѣнія первыхъ работниковъ давно минувшихъ столѣтій въ данной области. Съ теченіемъ вѣковъ изъ громадной массы матеріала возникли какъ бы массы отдѣльныхъ ученыхъ зданій, эманципировавшихся изъ первобытнаго хаоса сѣрой и смѣшанной массы источниковъ; индивидуализировались и строго опредѣлились исторически, во-первыхъ, темы изслѣдованій, во-вторыхъ, матеріалъ источниковъ для этихъ темъ. Новые изслѣдователи входятъ въ эти исторически выросшія и опредѣлившіяся зданія, подвергаютъ самой мелочной и подчасъ педантической ревизіи и осмотру все то, что они находятъ въ этихъ зданіяхъ, и пытаются, не обращаясь ко всей массѣ первобытнаго матеріала, не выходя даже обыкновенно изъ даннаго зданія, совершить въ немъ болѣе или менѣе мелкія передѣлки, перестановки и перестройки. Если бы освободиться отъ этихъ историческихъ, подчасъ уродливыхъ окаменѣлостей и приступить къ новому собиранію и сортировкѣ

Фрагментъ этотъ преслѣдуетъ не догматическія, а главнымъ образомъ историческія и объяснительныя цѣли и гласитъ слѣдующее:

§ 1. *Ulpianus libro trigesimo quarto ad edictum.* Hoc edicto rectissime praetor prospexit, ne, dum in favorem partus possessionem polliceatur, aliis praedae occasionem praebet: Idecirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit... § 2. *Necessario praetor adiecit, ut, qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere: coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.* § 3. *Interest autem eius qui experitur admissum alium in possessionem non fuisse, cum forte bona fide fructus perceptos consumpserit, aut si praedo venerit in possessionem, a quo fructus consequi non possit, quia solvendo non est.*

Здѣсь Ульпіанъ, имѣя предъ собою часть преторскаго эдикта, гдѣ общался искъ на случай „*si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*“, разсуждаетъ объ историческихъ мотивахъ, побудившихъ претора предпринять это нововведеніе. Онъ находитъ, что преторъ сдѣлалъ весьма удачное и необходимое дополненіе дѣйствующаго права. Побудило претора къ созданію этой *actio* то соображеніе, что институтъ *missio in possessionem ventris nomine* могъ бы подать поводъ для злостнаго и корыстолюбиваго нарушенія интересовъ того лица, для котораго создана новая *actio in factum*. Дѣло въ томъ, что беременная женщина, *missa in possessionem bonorum*, могла бы допустить владѣніе другого лица, напр., продать имѣніе. Тогда въ случаѣ *bona fides* покупщика съ него нельзя

матеріала и самостоятельному возведенію новыхъ зданій сообразно прогрессу архитектурной техники, сколь различный во многихъ частяхъ отъ исторически сложившагося видъ получила бы наша наука! Ср. *Lehre von Einkommen I* (въ особенности ученіе о чистомъ доходѣ). II (въ особенности ученіе о процентахъ; изложенная здѣсь теорія процентовъ и приведенныя мѣста исчисленій какъ будто почерпнуты изъ совсѣмъ иного первоначальнаго источника, нежели господствовавшая до сихъ поръ теорія процентовъ и мѣста, которыми она пользовалась. *Prima fase* кажется удивительнымъ и страннымъ, какъ могъ одинъ и тотъ же общій источникъ—*Corpus iuris*—дать начало столь различнымъ теоріямъ и столь различнымъ коллекціямъ относящихся къ темѣ фрагментовъ).

было бы взыскать доходовъ съ имѣнія, поскольку онъ ихъ потребилъ; но и въ случаѣ *mala fides* приобрѣтателя, хотя юридически отъ него можно потребовать всю сумму потребленныхъ доходовъ, фактически возможны были бы потери и убытки въ случаѣ его несостоятельности. Такимъ образомъ *missa in possessionem* могла бы добыть незаконную прибыль, а обиженного отослать съ искомъ къ третьему приобрѣтателю, искомъ юридически безуспѣшнымъ относительно *fructus consumpti* въ случаѣ *bona fides* и фактически сомнительнымъ въ случаѣ несостоятельности недобросовѣстнаго владѣльца.

Очевидно, приведенное мѣсто представляетъ ясное подтвержденіе ограниченія *iussum* добросовѣстнаго владѣльца потребленными плодами въ классическомъ правѣ и при томъ свидѣтельство, обладающее чрезвычайною и особенною по сравненію съ разсмотрѣнными выше мѣстами историческою доказательностью.

Между тѣмъ какъ приведенныя выше мѣста имѣютъ догматическій, юридическій характеръ, являются въ *Corpus iuris* въ роли законовъ, въ роли фиксированія и опредѣленія дѣйствующаго права, такъ что тамъ могъ быть разговоръ объ интерполяціи, приведенное разсужденіе Ульпіана по своему содержанію не есть законъ, а сообщеніе историческихъ свѣдѣній относительно введеннаго преторомъ иска и обсужденіе мотивовъ нововведенія и его практическаго значенія.

Утверждать и здѣсь наличность интерполяціи означало бы сдѣлать невозможнымъ и излишнимъ всякій дальнѣйшій научный споръ.

Этого не утверждаетъ и Пернисъ, которому авторъ настоящаго изслѣдованія сообщилъ свое „открытіе“ до появленія 2-го изданія „Labeo“, гдѣ должно было заключаться опроверженіе моей критики теоріи Чиларжа. Онъ прибѣгаетъ къ иному средству для того, чтобы обезвредить 1. 1 D. 25, 5, къ средству, не менѣе радикальному, чѣмъ утвержденіе интерполяціи, но болѣе поддающемуся научному спору, т.-е. научному доказательству или опроверженію. А именно, онъ предлагаетъ иное толкованіе мѣста; онъ предполагаетъ, что § 3 приведеннаго фрагмента имѣетъ въ виду недопустимость *condictio fructuum consumptorum* противъ добросовѣстнаго владѣльца (*Labeo cit.* стр. 356, текстъ и пр. 1.). Толкова-

ніе его далеко не отличается ясностью, тѣмъ не менѣе оно настолько понятно, что не трудно обнаружить ошибочность основного его тезиса. Приводимъ его толкованіе l. 1 cit. въ дословномъ переводѣ:

„Отсюда (изъ l. 1 § 3 cit.) ясно, что отъ добросовѣстнаго владѣльца нельзя потребовать возмѣщенія потребленныхъ плодовъ. Достигшіи вслѣдствіе *dolus* владѣнія (§ 2) изгоняются *extra ordinem* или посредствомъ интердикта; при этомъ плоды не принимаются во вниманіе. *Condictio* противъ владѣльца по поводу потребленныхъ плодовъ не допускается. Что здѣсь нельзя видѣть доказательства положенія *b. f. possessor fructus consumptos suos facit*, показываетъ второй примѣръ; а затѣмъ здѣсь вообще о *b. f. possessio* нѣтъ рѣчи“¹⁾.

Изъ этихъ лаконическихъ положеній Перниса нельзя спорить противъ перваго и втораго, т.-е. совершенно вѣрно, что нельзя потребовать отъ добросовѣстнаго владѣльца *fructus consumpti* и что въ § 2 толкуемаго мѣста рѣчь идетъ объ изгнаніи *extra ordinem* или посредствомъ интердикта того, *qui per dolum venit in possessionem*, при чемъ эти чрезвычайныя средства негодны для регулированія вопроса о доходахъ. Конечно, и мы не предполагаемъ, что въ § 3 идетъ рѣчь о регулированіи вопроса о доходахъ при примѣненіи чрезвычайныхъ мѣръ, обобщенныхъ преторомъ въ дополненіе къ новой *a. in factum* и упоминаемыхъ Ульпіаномъ въ § 2. Въ § 3 идетъ рѣчь о важности и значеніи для истца новой *actio in factum* въ виду недостаточности существовавшихъ уже прежде обыкновенныхъ средствъ права для обезпеченія возмѣщенія доходовъ истцу. При обсужденіи положеній § 3 о доходахъ мы можемъ игнорировать новые иски, введенные преторомъ; предполагать, что аргументъ противъ теоріи Чиларжа на основаніи l. 1 cit. могъ бы состоять въ томъ, что преторъ *extra ordinem* или путемъ интердикта заставляеть

¹⁾ „Danach ist klar, dass vom gutgläubigen Besitzer nicht Ersatz für die verzehrten Früchte gefordert werden kann. „Der durch *Dolus* in den Besitz Gelangte“ (§ 2) wird *extra ordinem* oder durch *Interdikt* hinausgesetzt; dabei kommen die Früchte nicht in Betracht. Eine *condictio* gegen den Besitzer auf die verzehrten Früchte ist unzulässig. Dass hier nicht etwa ein Beleg für den Satz *b. f. possessor fructus consumptos suos facit* zu suchen ist, zeigt einmal das zweite Beispiel; und dann ist von *b. f. possessio* überhaupt hier nicht die Rede“.

добросовѣстнаго владѣльца выдать fr. extantes, оставляя ему fr. consumpti, было бы, конечно, недоразумѣніемъ.

Согласны мы и съ третьимъ положеніемъ Перниса самимъ по себѣ: „Condictio противъ владѣльца по поводу потребленныхъ плодовъ не допускается“ (здѣсь авторъ, конечно, подъ владѣльцемъ подразумѣваетъ b. f. possessor, потому что противъ недобросовѣстнаго владѣльца condictio, какъ извѣстно, допускается). Несогласны мы только съ этимъ положеніемъ въ томъ случаѣ, если авторъ этими словами желаетъ выразить, будто слова Ульпіана cum forte bona fide fructus perceptos consumpserit слѣдуетъ исключительно относить къ невозможности condictio. Напротивъ, надо полагать, что Ульпіану не безъизвѣстно, что нормальнымъ и обыкновеннымъ средствомъ, путемъ котораго собственникъ добивается возвращенія какъ самаго имѣнія, такъ и плодовъ отъ незаконнаго владѣльца, является rei vindicatio, а во всякомъ случаѣ, что есть и возможенъ противъ владѣльца чужого имѣнія и такой искъ, т.-е. rei vindicatio, которая весьма полно исчерпываетъ всякія praestationes fructuum, а во всякомъ случаѣ больше, нежели condictio. Уже въ виду того, что Ульпіанъ говоритъ о недостаточности обыкновенныхъ исковъ (interest), невозможно предполагать, что онъ упустилъ изъ виду rei vindicatio. Обращаясь же къ его аргументу, обосновывающему „interest“ (cum forte bona fide fructus perceptos consumpserit), мы дѣйствительно убѣждаемся, что Ульпіанъ предположенной выше непростительной и странной забывчивости не обнаружилъ. Конечно, никто (зная римское право) не предъявить противъ добросовѣстнаго владѣльца condictio fructuum. Возвращенія плодовъ отъ добросовѣстнаго владѣльца можно добиться только посредствомъ rei vindicatio и притомъ только лишь постольку, поскольку плоды еще не потреблены. Поэтому-то Ульпіанъ и видитъ для собственника опасность и потерю въ случаѣ consumptio. Что же касается condictio, то для этого иска именно необходима consumptio, но только искъ этотъ мыслимъ лишь противъ praedo (m. f. p.).

Слѣдующее положеніе Перниса гласитъ: „Что здѣсь нельзя видѣть доказательство положенія b. f. possessor fructus consumptos suos facit, показываетъ второй примѣръ“. И это замѣчаніе нѣсколько темно и двусмысленно. Подъ „вторымъ примѣромъ“ авторъ очевидно разумѣетъ слова Ульпіана

„aut si praedo venerit in possessionem... quia solvendo non est“. Но это мало разъясняет тенденцію замѣчанія почтеннаго автора. Конечно, нельзя видѣть въ I. 1 cit. доказательства всего того, что сокращенно выражаетъ поговорка „fructus consumptos suos facit“, если сюда относить и вопросъ вещнаго права, а именно вопросъ о приобрѣтеніи права собственности на плоды. Этого никто и не утверждаетъ, и для опроверженія такого предположенія, если бы его кто высказалъ, незачѣмъ обращаться и ко „второму примѣру“ (гдѣ praedo, конечно, не приобрѣтаетъ права собственности на плоды и тѣмъ не менѣе, по предположенію Ульпіана, собственникъ не всегда добьется отъ него возвращенія всей суммы доходовъ). Съ этой точки зрѣнія авторъ правъ, независимо отъ наличности „второго примѣра“.

Изъ толкуемаго мѣста можно и слѣдуетъ сдѣлать лишь тотъ выводъ, что отъ добросовѣстнаго владѣльца нельзя потребовать возвращенія плодовъ, поскольку онъ ихъ потребилъ. Только это мы утверждаемъ на основаніи I. 1 § 3 cit. и этого никоимъ образомъ не можетъ опровергнуть ссылка на „второй примѣръ“. Здѣсь (во „второмъ примѣрѣ“) Ульпіанъ вообще имѣетъ въ виду не юридическую невозможность достигнуть отъ владѣльца полного возмѣщенія плодовъ, а чисто фактическую—несостоятельность владѣльца. Слѣдовательно, „второй примѣръ“ вообще ничего не доказываетъ и не опровергаетъ съ юридической точки зрѣнія. Изъ того, что и отъ недобросовѣстнаго владѣльца собственникъ въ случаѣ „solvendo non est“ не получитъ полного (или вообще никакого) возмѣщенія доходовъ, нельзя заключить, что *lucrum fructuum consumptorum* добросовѣстнаго владѣльца въ „первомъ примѣрѣ“ лишено юридическаго значенія.

Но авторъ самъ очевидно находилъ недостаточными разсмотрѣнныя выше замѣчанія для уничтоженія историческаго свидѣтеля въ лицѣ I. 1 § 3; поэтому онъ прибѣгаетъ еще къ одному, повидимому, смертоносному и весьма эффектному, но весьма рискованному и даже, можно сказать, отчаянному средству. Онъ просто утверждаетъ, что въ толкуемомъ мѣстѣ о *b. f. possessio* вообще нѣтъ рѣчи. Если это такъ, то для какой цѣли были высказаны предыдущіе тонкіе и темные полемическіе намеки болѣе нерѣшительнаго и неубѣдительнаго характера? Если толкуемое мѣсто не имѣетъ вовсе въ виду

b. f. и m. f. possessio, а что то другое, сюда не относящееся, тогда, конечно, не может быть и рѣчи о доказательствѣ чего бы то ни было относительно правъ добросовѣстнаго владѣльца на основаніи фрагмента. Но такъ ли это? Для отвѣта на этотъ вопросъ намъ незачѣмъ возвращаться опять къ содержанію фрагмента и даже можно игнорировать выраженія, употребляемыя Ульпіаномъ (*admissum in possessionem . . . bona fide fructus perceptos consumpserit . . . praedo venerit in possessionem*); для насъ достаточно обратиться къ самому автору съ вопросомъ: о чемъ же идетъ рѣчь въ l. 1 § 3? Онъ даетъ намъ на это тотъ единственный отвѣтъ, который намъ нуженъ, и повторяетъ его три раза. Въ текстѣ къ приведенному примѣчанію авторъ говоритъ о томъ, что добросовѣстный владѣлецъ не отвѣчаетъ по *condictio ex in iusta causa* по поводу *fructus consumpti* (стр. 356). Въ примѣчаніи къ этому положенію авторъ замѣчаетъ: „Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать fr. 1 § 3 si ventris nom. 25,5“. Дальше слѣдуетъ текстъ фрагмента, а потомъ отпечатанное выше разсужденіе по поводу него, начинающееся положеніемъ, что изъ фрагмента слѣдуетъ свобода добросовѣстнаго владѣльца отъ возмѣщенія fr. consumpti. Наконецъ, далѣе, почти непосредственно предъ эффектнымъ утвержденіемъ, что во фрагментѣ не говорится о b. f. possessio, авторъ указываетъ, что фрагментъ отрицаетъ *condictio* плодовъ противъ владѣльца. Положимъ, здѣсь авторъ говоритъ просто „владѣльца“, но, какъ упомянуто выше, это слово слѣдуетъ понимать въ смыслѣ *bonae fidei possessor*.

Не добавляя къ этому никакихъ собственныхъ сужденій о послѣднемъ вопросѣ и вообще о тенденціи и структурѣ провѣреннаго выше по частямъ примѣчанія Перниса по поводу l. 1 § 3 cit., мы въ заключеніе можемъ смѣло въ этомъ фрагментѣ привѣтствовать новаго, неожиданнаго и вмѣстѣ съ тѣмъ чисто историческаго (практически и догматически незаинтересованнаго) свидѣтеля, который долженъ окончательно рѣшить научный споръ о существованіи или несуществованіи *restitutio fr. ext.* въ классическомъ правѣ въ утвердительномъ смыслѣ ¹⁾.

¹⁾ Между прочимъ Дернбургъ по поводу полемики Перниса въ пользу интерполяцій въ недавно появившемся (еще не оконченномъ) пятомъ изданіи

§ 18. С. Наша задача и методъ рѣшенія.

Обзоръ предложенныхъ литературою теорій далъ лишь отрицательные результаты. Особенности института приобрѣтенія плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ не могутъ считаться объясненными ни юридическою послѣдовательностью, ни произволомъ императорскаго законодательства. Нашъ институтъ былъ развитъ практикою подъ влiянiемъ юриспруденцiи. Вѣроятноже предположить, что онъ, несмотря на кажущiяся странности, все-таки имѣетъ разумный смыслъ. Опредѣленiе этого разумнаго смысла, а именно функцiи, которую институтъ исполняетъ въ народномъ хозяйствѣ, составляетъ задачу послѣдующаго изложенiя. Но прежде чѣмъ приступить къ рѣшенiю этой задачи, мы сдѣлаемъ обзоръ пособiй и средствъ, которыя могутъ быть пригодны для нашей цѣли. Что касается литературы, то здѣсь мы находимъ нѣсколько попытокъ оправдать нашъ институтъ иными соображенiями, нежели конструктивныя, т.-е. соображенiями юр. послѣдовательности. Приведемъ вкратцѣ новѣйшiя попытки таковаго оправданiя:

1. *Backe* ¹⁾ оправдываетъ нашъ институтъ соображенiями справедливости (*ratio aequitatis*): „*Ea fuerit fructus acquirendi ratio universa apud Romanos, tempore certe antiquissimo, h. e. dominium eorum acquirere percipiendo, qui iure tantum perciperet*“ (стр. 132). Съ другой стороны: „*justam esse, quae bona fide fiat, rei alienae apprehensionem, h. e. talem, quae dominium tribuat rei apprehensae simulatque forma acquirendi accesserit jure prodita, seu causa civilis* (стр. 134)... *Nec minuitur vis aequitatis ejus (rationis) in fructibus, ut in ipso fundo diximus minui, altera obstante ex persona domini, aequitatis ratione; quoniam, ut in ipso fundo Sempronii do-*

своихъ *Pandekten* добавилъ только къ прим. 12 § 205 I т. (гдѣ онъ говоритъ о невѣроятности интерполяцiи § 35 I. de rer. div. 2,1) слѣдующее законническое сообщенiе: *Pernice, Labeo, Bd. 2,2. A. S. 366 ff. hält an der Annahme von Interpolationen fest*“ (продолжаетъ держаться предположенiя интерполяцiи).

¹⁾ *Backe, Bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. 1825.*

mini, ita in fructibus Titii b. f. emtoris antiquius est jus, et in pari aequitatis causa is videtur praefendus esse, qui prius ius apprehenderit (стр. 137).

2. Геймбахъ ¹⁾ приписываетъ добросовѣстному владѣльцу право на приобрѣтеніе плодовъ, потому что онъ (b. f. p.) увѣренъ въ этомъ правѣ. Съ другой стороны, онъ обязанъ выдать fructus extantes, потому что они рассматриваются какъ части главной вещи.

3. Huschke ²⁾ сравниваетъ положеніе вещи въ добросовѣстномъ владѣніи съ плѣномъ. Добросовѣстный владѣлецъ, приобрѣтая плоды какъ res nullius, не причиняетъ этимъ несправедливости собственнику, связь котораго съ вещью прервана. Litis contestatio въ случаѣ rei vindicatio рассматриваетъ Гуске, какъ postliminio reverti вещи; аналогично, какъ въ случаѣ postliminium, право собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды ipso jure возвращается собственнику вещи.

4. Scheurl ³⁾ и другіе считаютъ приобрѣтеніе плодовъ послѣдствіемъ трудовъ, потраченныхъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ на производство, cultura et cura (стр. 246 сл.).

5. Keller ⁴⁾ исходитъ изъ соображеній справедливости, а именно онъ считаетъ нашъ институтъ справедливымъ рѣшеніемъ борьбы двухъ противоположныхъ интересовъ, двухъ противоположныхъ стремленій: съ одной стороны охранить интересы собственника, съ другой стороны падить по возможности добросовѣстнаго владѣльца въ виду того, что непреслѣдованіе своего права со стороны собственника обыкновенно (durchschnittlich) коренится въ большей или меньшей его небрежности; въ другихъ же случаяхъ причина коренится въ какомъ либо неблагоприятномъ для собственника случаѣ, послѣдствія котораго справедливо терпѣть ему самому. Сюда присоединяется наблюденіе, что b. f. possessor особенно значительнаго имѣнія проживаетъ больше, чѣмъ прежде, такъ что необходимость выдать всѣ плоды, которые къ тому же по большей части уже у него не находятся in natura и уплачивались бы деньгами, повлекла бы за собою

¹⁾ Heimbach, die Lehre von der Frucht, 1843. (стр. 211 сл.).

²⁾ Въ Krit. Zeitschr. für. R.W. II стр. 189 сл.

³⁾ Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts.

⁴⁾ Keller Pandekten § 143.

уменьшеніе имущества владѣльца сравнительно съ его прежнимъ состояніемъ или даже несостоятельность.

Несомнѣнно въ этомъ объясненіи заключается много справедливаго, но и оно не представляетъ удовлетворительнаго рѣшенія вопроса. Объясненіе Келлера только тогда могло бы казаться достаточнымъ съ точки зрѣнія справедливости, если бы причиною начала и продолженія *b. f. possessio* можно было въ видѣ общаго правила считать небрежность собственника. Но это едва ли такъ. Слѣдуетъ скорѣе считать общимъ правиломъ, что собственники заботливо охраняютъ свое имущество и что *b. f. possessio* возникаетъ и продолжается по случайнымъ причинамъ. Но почему на собственника возлагаются послѣдствія того случайнаго обстоятельства, что кто либо безъ его вины купилъ или получилъ въ даръ отъ третьяго лица вещь, которая дарителю или продавцу не принадлежала? Случай происходитъ здѣсь собственно съ добросовѣстнымъ покупщикомъ и этотъ послѣдній долженъ бы нести его послѣдствія. Право собственника именно для того и существуетъ, чтобы сохранять ему его имущество, несмотря на возможные случайности. Иначе это было бы не право собственности, а владѣніе. Именно требуется объяснить, почему послѣдствія случая несетъ не тотъ, съ кѣмъ онъ произошелъ. Эти послѣдствія дѣйствительно могутъ быть очень вредны для добросовѣстнаго владѣльца. Совершенно вѣрно, что онъ можетъ понести большія потери, проживая больше, нежели позволяютъ его собственные средства. Точно также очень мѣтко замѣчаніе, что вознагражденіе деньгами затруднительнѣе, нежели выдача *fructus in natura*. Но эти замѣчанія имѣютъ только тогда значеніе, если рѣшено по какимъ либо основаніямъ оказывать особыя снисхожденія владѣльцу. Такого основанія, какъ мы видѣли, въ небрежности собственника видѣть нельзя. Настоящее основаніе Keller скорѣе *implicite* видитъ въ *bona fides*, которая оправдываетъ особыя снисхожденія, такъ какъ небрежность собственника можетъ равнымъ образомъ имѣть мѣсто и въ случаѣ *malae fidei possessio*. Но если объясненія института слѣдуетъ искать въ справедливомъ принятіи во вниманіе добросовѣстности, то возникаетъ еще вопросъ, почему это покровительство добросовѣстности не выразилось въ ограниченіи отвѣтственности до размѣра обо-

гащенія. Выдача обогащенія отъ владѣнія не произвела бы уменьшенія прежняго имущества владѣльца.

6. Ihering ¹⁾ объясняетъ институтъ съ точки зрѣнія интересовъ третьяго лица, которое покупаетъ плоды у добросовѣстнаго владѣльца. В. f. possessor получилъ право собственности на плоды, потому что иначе нельзя было доставить покупщику плодовъ возможности приобрѣсть право собственности на купленные предметы. Съ этой же точки зрѣнія Ieringъ пытается объяснить и возвращеніе *fructus extantes*. „Если мнѣніе, которое я защищаю“, говоритъ онъ, „думаютъ опровергнуть вопросомъ: какъ объяснить, что римское право даетъ добросовѣстному владѣльцу право собственности на плоды и въ то же время возлагаетъ на него обязанность возвращенія *fructus extantes*, и такимъ образомъ беретъ другою рукою то, что дало одною, то я отвѣчу: потому что нѣтъ другого способа достигнуть требуемаго права собственности третьяго приобрѣтателя плода“.

И это остроумное объясненіе не можетъ быть однако признано удовлетворительнымъ. Оно не объясняетъ, почему добросовѣстный владѣлецъ освобожденъ отъ выдачи обогащенія. Затѣмъ, интересы третьихъ лицъ одинаковы, покупаютъ ли они плоды у добросовѣстнаго или недобросовѣстнаго владѣльца. Между тѣмъ, по римскому праву, третій приобрѣтатель отъ недобросовѣстнаго владѣльца не приобрѣтаетъ права собственности (ср. Czychlarz, стр. 513). Противъ этого возраженія можно указать на то, что римское право не хотѣло дать незаслуженной выгоды недобросовѣстному владѣльцу и потому пожертвовало здѣсь интересами третьихъ лицъ. Но и эта точка зрѣнія ничего не объясняетъ, потому что недобросовѣстнаго владѣльца можно лишить всякой выгоды, не затрагивая третьихъ лицъ, посредствомъ *condictio* цѣнности отчужденныхъ плодовъ, и дѣйствительно римское право даетъ, какъ извѣстно, собственнику въ случаѣ отчужденія плодовъ *condictio* противъ недобросовѣстнаго владѣльца. И въ основаніи объясненія Ieringа лежитъ *implicite* тотъ взглядъ, что недобросовѣстные заслуживаютъ строгаго обращенія съ ними права, добросовѣстные — особыхъ милостей и снисхожденій.

7. Поскольку предыдущія теоріи содержать въ себѣ болѣе

¹⁾ Ihering, *Jahrbücher f. Dogm.* XII, стр. 314 и сл.

спеціальныя объясненія нашего института сверхъ той общей точки зрѣнія справедливости, по которой добросовѣстный владѣлецъ въ виду своей добросовѣстности заслуживаетъ особаго снисхожденія и преимуществъ (*Begünstigung, Koncession*) и въ частности долженъ пользоваться совсѣмъ другими правами, нежели недобросовѣстные, нечестные владѣльцы, — эти спеціальныя теоріи (въ частности и теоріи Keller'a и Ihering'a) не имѣли успѣха въ литературѣ и могутъ считаться устраненными и даже вообще забытыми. Только теорія *cultura et siga* въ смыслѣ теоріи вознагражденія владѣльца за трудъ, потраченный на производство плодовъ, или въ смыслѣ „признанія производительности труда“ въ римскомъ правѣ продолжаетъ находить сторонниковъ. И въ основаніи этой теоріи лежитъ постулатъ справедливости, состоящій въ требованіи различнаго отношенія права къ честнымъ приобрѣтателямъ и къ недобросовѣстнымъ именно вслѣдствіе честности первыхъ и недобросовѣстности вторыхъ. Трудовая теорія сама по себѣ не въ состояніи объяснить, почему преимущества нашего института не предоставлены и недобросовѣстнымъ владѣльцамъ, которые вѣдь тоже тратятъ трудъ на производство плодовъ и трудъ которыхъ, конечно, тоже не лишенъ производительности. Это затрудненіе не смущаетъ сторонниковъ трудовой теоріи потому, что они исходятъ изъ точки зрѣнія справедливости, по которой только честный трудъ заслуживаетъ признанія и награды. Аналогично для объясненія института *specificatio* романисты прибѣгаютъ обыкновенно къ точкѣ зрѣнія труда, потраченного на производство новой вещи. Но къ этому господствующее мнѣніе присовокупляетъ, что только добросовѣстная переработка чужого матеріала даетъ право собственности, потому что только честный трудъ заслуживаетъ награды и признанія (хотя это ограниченіе далеко не можетъ считаться доказаннымъ на основаніи источниковъ). Замѣтимъ здѣсь между прочимъ, что трудовая теорія въ вопросѣ о приобрѣтеніи плодовъ является господствующею въ литературѣ германскаго права. Но среди романистовъ на званіе господствующаго мнѣнія можетъ претендовать скорѣе упомянутая выше болѣе общая точка зрѣнія справедливаго различенія честныхъ, съ одной стороны, и недобросовѣстныхъ, съ другой.

Несостоятельность этой точки зрѣнія, т. е. теоріи спра-

ведливости ¹⁾, а равно и болѣе спеціальной трудовой теоріи будетъ подробно доказана ниже.

Что касается изреченій источниковъ, то и тамъ мы не находимъ удовлетворительнаго отвѣта на вопросъ объ основаніи и смыслѣ нашего института. Институціи (§ 35 de reg. div. 2,1) объясняютъ, впрочемъ, право добросовѣстнаго владѣльца трудомъ и заботами (*cultura et cura*), которые онъ потратилъ на производство плодовъ: „*naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura . . . ei vero qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est.*“

Интересно, что право собственности добросовѣстнаго владѣльца не выводится здѣсь изъ болѣе общихъ юридическихъ принциповъ, а оправдывается непосредственно ссылкой на *cultura et cura*. Что же касается самаго объясненія института указаніемъ на *cultura et cura*, то оно не лишено для насъ значенія съ исторической точки зрѣнія (сравни ниже § 23), но съ теоретической точки зрѣнія оно, какъ сказано выше и подробнѣе будетъ обосновано ниже, не выдерживаетъ критики.

Далѣе въ l. 44 pr. D. de usuc. 41,3 указывается на публичный интересъ, какъ на основаніе института, — но въ чемъ состоитъ этотъ интересъ, подробнѣе не объясняется: . . . *ibi propter adsiduam et cottidianam comparationem servorum ita constituit publice interfuit, nam frequenter ignorantia liberos (sc. homines pro servis) emimus.*

Здѣсь еще интересно, что защита добросовѣстнаго владѣнія поставлена въ зависимость отъ развитія гражданскаго оборота (*frèquenter emimus*). Это заключаетъ въ себѣ нѣкоторое общее указаніе относительно историческаго развитія института, но особенностей послѣдняго не объясняетъ.

¹⁾ О „справедливости“ въ теоріи и политикѣ гражданскаго права вообще ср. Lehre v. Einkommen, томъ 2-й, стр. 506 и сл. Тенденціозную полемику противъ моихъ взглядовъ относительно справедливости l. c. заключаетъ въ себѣ брошюра Зома Ueber den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich in 2-er Lesung“, стр. 28 и сл. Правильно формулируетъ и одобряетъ мой взглядъ А. Лобе (Was verlangen wir von einem bürgerl. GB.? Ein Wort an den Reichstag, стр. 28 и сл.). Въ настоящемъ спеціальномъ изслѣдованіи мы не можемъ входить въ оцѣнку точки зрѣнія справедливости вообще. Въ данномъ случаѣ, какъ видно будетъ ниже, этого можно избѣгнуть въ виду того, что господствующая точка зрѣнія справедливости здѣсь основана на ложномъ предположеніи.

А эти особенности чрезвычайно своеобразны и будут мучить науку, пока не будет найдено удовлетворительнаго объясненія. Тѣ писатели, которые не выставляютъ спеціальнаго объясненія приобрѣтенія права собственности на плоды, называютъ это право справедливымъ преимуществомъ, котораго заслуживаетъ добросовѣстность, и на этомъ успокаиваются. Но это оригинальное возвращеніе *fructus extantes!* Почему именно возвращаются *fructus extantes*? Почему одинаковыя цѣнности предоставляются различнымъ лицамъ, смотря по ихъ вѣшной формѣ? Съ точки зрѣнія справедливаго распредѣленія благъ вѣдь безразлично, получилъ ли кто 100 рублей въ естественныхъ продуктахъ или въ другой формѣ, сберегъ ли онъ ихъ или издержалъ. Распредѣленіе, основанное на такихъ случайныхъ различіяхъ, кажется произвольнымъ и несправедливымъ. Несправедливостью является и то обстоятельство, что нашъ институтъ создаетъ, повидимому, особое преимущество для расточителей и *privilegium odiosum* для бережливыхъ.

Въ виду этого не удивительно, что наука стала искать объясненія института въ произволѣ законодателя. Несмотря на всѣ доводы, которые мы привели противъ теоріи интерполяцій, для подобныхъ теорій остается благоприятная почва, пока мы не укажемъ возможности другого исхода.

Чтобы отыскать функцію института, чтобы опредѣлить потребность, вызвавшую его къ жизни, какъ его оправданіе и причину, мы обращаемся къ методу опредѣленія причинъ, т.-е. къ индукціи ¹⁾. Ближайшій матеріалъ для примѣненія индуктивнаго метода, а именно метода различій, даютъ намъ сами римскія правила:

1. Они относятся къ плодамъ, но не относятся къ прочимъ приращеніямъ; слѣдовательно причины слѣдуетъ искать въ отличіи плодовъ отъ прочихъ приращеній.

2. Они относятся къ добросовѣстному владѣльцу, но не относятся къ недобросовѣстному; слѣдовательно причина коренится и въ отличіи *bona* отъ *mala fides*.

¹⁾ Общее и болѣе подробное теоретическое обоснованіе примѣненія этого метода къ переработкѣ римскаго и вообще обычнаго права и оцѣнка результатовъ такой переработки находится въ „*Lehre v. Einkommen*“, II, стр. 581 и сл.

3. Они иначе относятся къ *fructus extantes*, нежели къ *fructus consumpti*; слѣдовательно причина коренится и въ отличіи *fructus extantes* отъ *consumpti*.

Напротивъ, основанія института не слѣдуетъ искать во владѣннн въ видѣ собственности, въ давностномъ владѣнн, въ *titulus verus* или *putativus*, *causa lucrativa* или *onerosa* владѣння главною вещью, въ *cultura et cura*, въ отличіи *fructus industriales* отъ *naturales*, въ интересѣ третьяго пріобрѣтателя, въ небрежности собственника и т. д., потому что присутствіе или отсутствіе этихъ обстоятельствъ, какъ мы убѣдились, остается безъ вліянн на институтъ. Несмотря на упрощеніе задачи вслѣдствіе устраненн этихъ осложненн негоднымъ матеріаломъ, вопросъ остается очень сложнымъ въ виду взаимодѣйствн трехъ указанныхъ факторовъ. Въ окончательномъ результатѣ кроется одновременное вліанн трехъ причинъ. Задача состоитъ въ опредѣленн того участн, которое слѣдуетъ приписать въ институтѣ каждому изъ трехъ факторовъ ¹⁾. Для этой цѣли мы должны привлечь такія явленн гражданскаго права, въ которыхъ названные факторы въ другихъ комбинаціяхъ и сочетаннхъ проявляютъ различное или аналогичное дѣйствіе. Положимъ, обыкновенно утверждаютъ, что во всей системѣ римскаго права нельзя ничего найти аналогичнаго постановленнмъ нашего института, но въ дѣйствительности дѣло не обстоитъ такъ плохо. Уже теперь (ср. ниже § 21) мы приведемъ два аналогичныхъ случая, чтобы извлечь изъ нихъ извѣстное методологическое поученіе:

Fundum quis donavit; si non restituat, ut quivis possessor damnandus est: si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpsit, in solidum condemnandus est: potuit enim non periclitari, si statim restituisset: si dolo desiit possidere, in litem iurabitur, et tanti sequetur condemnatio (l. 41 § 1 D. de re iudicata 42,1).

Второй случай болѣе извѣстенъ, чѣмъ этотъ, но также не принимается во вниманіе въ качествѣ аналогіи въ изслѣ-

¹⁾ Всѣ выше приведенныя объясненн института принимаютъ во вниманіе не всѣ три фактора, а лишь одинъ или два изъ нихъ. Поэтому ихъ неудовлетворительность можно было предвидѣть а priori. Это замѣчаніе пусть послужитъ извиненіемъ и оправданіемъ нашего методологическаго педантизма.

дованіяхъ о приобрѣтеніи собственности на плоды добросовѣстнымъ владѣльцемъ:

Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit (l. 16 § 4 D. de pign. 20, 1, Marcianus).

Въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ о дарителѣ, который послѣ перенесенія права собственности удерживаетъ въ своемъ владѣніи подаренный участокъ, во второмъ случаѣ объ отвѣтчикѣ по закладному иску. Оба случая, что касается юридической конструкціи отношенія къ плодамъ, ничего не имѣютъ общаго съ *bonae fidei possessio*, тѣмъ не менѣе и здѣсь возвращаются *fructus extantes*, какъ при *b. f. possessio*.

Эта аналогія пригодится намъ въ будущемъ въ другихъ отношеніяхъ, а теперь мы извлекаемъ изъ нея только то поученіе, что намъ слѣдуетъ дальше отдѣльно искать основаній, по которымъ римское право предоставляетъ добросовѣстному владѣльцу матеріальную выгоду, *lucrum* потребленныхъ плодовъ, и отдѣльно объяснить, почему этого матеріальнаго эффекта оно достигаетъ посредствомъ такой, а не иной возможной юридической конструкціи.

Матеріальный эффектъ института мѣтко выраженъ краткимъ изреченіемъ: *b. f. possessor fructus consumptos suos facit*. Отыскавъ основаніе этого положенія, намъ будетъ нетрудно рѣшить вопросъ, почему для предоставленія владѣльцу *lucrum* потребленныхъ плодовъ избрана такая, а не иная комбинація юр. формъ. И такъ послѣ обсуждения трехъ названныхъ факторовъ мы сначала отвѣтимъ на первый вопросъ. При этомъ намъ слѣдуетъ исходить изъ того основного положенія современнаго частно-правнаго строя, что собственнику капитала принадлежит и доходъ отъ этого капитала и что нашъ институтъ представляетъ исключеніе изъ этого общаго принципа современнаго капиталистическаго строя. Требуется объясненіе и отвѣтъ, стало быть, отнюдь не на вопросъ, почему добросовѣстный владѣлецъ не получаетъ всѣхъ плодовъ, а, напротивъ, на обратный вопросъ, а именно, почему ему предоставляется *lucrum* потребленныхъ плодовъ, почему права собственника ограничиваются только наличными плодами.

Д. Значеніе трехъ факторовъ, опредѣляющихъ институтъ.

§ 19. 1. *Bona* и *mala fides*.

Какое значеніе имѣеть *bona fides* въ институтѣ приобрѣтенія плодовъ? Этотъ основной вопросъ меньше всего возбуждаетъ сомнѣній въ литературѣ. Что можетъ быть естественнѣе и справедливѣе, какъ покровительствовать добросовѣстнымъ и наказывать недобросовѣстныхъ. Одни писатели прямо указываютъ, что добросовѣстный владѣлецъ заслуживаетъ выгоду, ему предоставленныхъ, именно своею добросовѣстностью; другіе этого прямо не указываютъ, но они тоже исходятъ изъ того же требованія справедливости, какъ видно уже изъ того, что они считаютъ излишнимъ заняться вопросомъ, почему для добросовѣстнаго владѣльца дѣйствуютъ иныя правила, нежели для недобросовѣстнаго.

Намъ кажется, этотъ вопросъ нельзя рѣшать такъ просто. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ *bona fides* есть какая-либо положительная заслуга? А еслибы добросовѣстность и была положительною заслугою, то развѣ дѣло гражданскаго права награждать нравственныя заслуги? Оставляя въ сторонѣ общій вопросъ о нравственномъ вліяніи денежныхъ наградъ за нравственныя заслуги, мы спрашиваемъ, уместно ли награждать заслуги средствами, взятыми изъ кармана частнаго лица, которому эти заслуги по меньшей мѣрѣ не оказали никакой пользы. Но мы не видимъ на сторонѣ добросовѣстнаго владѣльца ничего положительно нравственнаго, никакой заслуги. Добросовѣстное владѣніе есть не болѣе какъ объективное правонарушеніе. *Bona fides* можетъ при этомъ играть роль только обстоятельства, избавляющаго отъ наказанія или другихъ строгостей, а ничуть не основанія для особыхъ положительныхъ милостей. Можно освободить убійцу отъ наказанія, если онъ убилъ нечаянно, не зная, что въ направленіи его выстрѣла находится человекъ. Но награждать кого-либо за случайное убійство никто не вздумаетъ. А *bonae fidei possessio* не представляетъ никакой большей заслуги, нежели всякое случайное правонарушеніе.

Bona fides не заключаетъ въ себѣ никакого нравственнаго плюса и не можетъ предъявлять притязанія на награду. Чтобы опредѣлить, какой элементъ въ *bona fides* относится къ предоставленію доходовъ чужого участка добросовѣстному владѣльцу, какъ причина къ слѣдствію, важно найти основаніе болѣе строгаго отношенія права къ недобросовѣстному владѣльцу. Здѣсь точно также невольно возникаетъ мысль, что недобросовѣстный владѣлецъ подвергается именно за свою недобросовѣстность особому гражданско-правовому наказанію. Эта мысль кажется вполнѣ естественною и не требующею дальнѣйшихъ доказательствъ. Противъ нея еще ничего не говорить и наши замѣчанія о *bona fides*: если *bona fides* не заключаетъ въ себѣ ничего положительно нравственнаго, то отсюда еще не слѣдуетъ, что *mala fides* не есть явленіе положительно безнравственное, нравственный минусъ.

По нашему мнѣнію, ни римскіе юристы (ихъ теоретическія воззрѣнія и изреченія, что менѣе важно), ни римское положительное право не находятъ въ случаѣ *malae fidei possessio* ничего безнравственнаго, достойнаго порицанія или наказанія.

По мнѣнію римскихъ юристовъ, всякій добросовѣстный владѣлецъ превращается съ момента *litis contestatio* въ *malae fidei possessor*. Это обстоятельство общеизвѣстно, поэтому мы не будемъ накоплять доказательствъ, а только примѣра ради приведемъ два мѣста:

„*Petitam autem hereditatem*“ et cetera: id est ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse *malae fidei possessor*. „id est cum primum aut denuntiatum esset“: quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denuntiavit, an incipiat *usuras debere pecuniae redactae*? et puto debere: coepit enim *malae fidei possessor esse*“ (l. 20 § 11 D. de H. P. 5, 3).

„*Si ante litem contestatam*“ inquit „*fecerit*“: hoc ideo adiectum, quoniam post *litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam*. (l. 25 § 7 eod).

Этихъ фрагментовъ достаточно, чтобы убѣдиться, что эта терминологія не случайнаго свойства, а имѣетъ для римскихъ юристовъ серьезное и обдуманное значеніе: превращеніе добросовѣстнаго владѣльца въ недобросовѣстнаго путемъ *litis contestatio* (или *l. denuntiatio*) берется здѣсь въ основаніе юри-

дическихъ выводовъ, какъ посылка, необходимая для правительнаго толкованія закона о владѣннй наслѣдствомъ.

Независимо отъ того, что новая литература говоритъ о значеніи этой терминологіи¹⁾, мы должны прійти къ заключенію, что римскіе юристы понятие „*mala fides*“ не соединяли необходимо съ понятіемъ „недобросовѣстности“ въ обыденномъ, житейскомъ смыслѣ. Основаніе для этого вывода очень просто. Въдъ *litis contestatio* или *denuntiatio* представляютъ внѣшніе, съ нравственностью или безнравственностью владѣльца ничего не имѣющіе общаго факты. Нелѣпо было бы предположить, что получение повѣстки изъ суда или выдача исковой формулы истцу можетъ кого-либо превратить изъ нравственнаго и честнаго въ безнравственнаго и недобросовѣстнаго человѣка. А между тѣмъ такіе внѣшніе и отъ владѣльца независимые факты, какъ *l. denuntiatio* или *contestatio*, превращаютъ, по мнѣнію римскихъ юристовъ, *bona fides* въ *mala fides*. И, какъ увидимъ ниже, это мнѣніе вполне правильно и имѣетъ вполне разумное основаніе.

Далѣе, несомнѣнно, что *mala fidei possessor* не можетъ превратиться въ *bonae fidei possessor*, хотя бы онъ найдобросовѣстнѣйшимъ образомъ старался разыскать дѣйствительнаго собственника—и затѣмъ добиться отъ него или постороннихъ лицъ разъясненія насчетъ дѣйствительнаго юридическаго положенія и т. д. Часто придется скорѣе похвалить „недобросовѣстнаго“ владѣльца, нежели добросовѣстнаго—*ceteris paribus*. Кто по ошибкѣ владѣетъ чужою вещью, какъ своею, тотъ находится *in bona fide*, если его нельзя упрекнуть въ небрежности, какъ причинѣ незнанія, т.-е. въ не проявленіи обыкновенной осторожности средняго *bonus pater familias*. Но педантично добросовѣстный и осторожный человѣкъ не удовольствуется такою среднею *diligentia*; при всякомъ для обыкновеннаго человѣка слишкомъ ничтожномъ поводѣ для сомнѣнія насчетъ своего права на вещь онъ станетъ наводить справки и добывать свѣдѣнія, которыя, можетъ быть, дадутъ достаточное основаніе для предположенія, что вещь въ дѣйствительности ему не принадлежитъ. Узнавъ о такихъ обстоятельствахъ, онъ попадетъ въ *mala fides* именно вслѣдствіе своей педантичной добросовѣстности. Онъ будетъ вести себя и дальше

¹⁾ Какъ извѣстно, она считаетъ ее неточною и ошибочною.

образцово, справится, какъ зовется предполагаемый дѣйствительный собственникъ, гдѣ онъ живетъ, извѣститъ этого господина объ обстоятельствахъ дѣла, попроситъ его сообщить доказательства своего права собственности, облегчитъ ему доказываніе соответственными указаніями со своей стороны и т. д. Вотъ вамъ образецъ честнѣйшаго „недобросовѣстнаго“ владѣльца. Еслибы онъ удовольствовался обыкновенною осторожностью и добросовѣстностью, то остался бы *bonae fidei* владѣльцемъ и господствующее мнѣніе восхваляло бы его за его *bona fides*, какъ за нравственную заслугу, достойную всякихъ особыхъ милостей и наградъ со стороны гражданскаго права. Между тѣмъ его чрезвычайная добросовѣстность навлекла на него со стороны господствующаго мнѣнія нравственные упреки и требованія принятія соответственныхъ строгихъ мѣръ.

Въ основѣ господствующей теоріи лежитъ принципиальное заблужденіе. Въ понятіи *mala fides* нѣтъ никакихъ отрицательныхъ нравственныхъ элементовъ, а достаточно *scientia malae possessionis* (l. 2 C. de fruct. 7,51: *ex quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit*) и даже сомнѣнія въ правомѣрности владѣнія. Въ этомъ отношеніи мы находимъ удачную характеристику въ l. 10 C. de acq. et r. p. 7,32:

Ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet.

Сюда относится также рѣшеніе l. 6, § 1 D. pro emt. 41,4: „*Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos, et qui sint, sciam, reliquos usucapiam; quodsi ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum*“. (Ср. также l. 4 pr. eod.)

Usucapio чужихъ рабовъ невозможна, потому что покупатель подозрѣваетъ, что нѣкоторые изъ купленныхъ рабовъ ему не принадлежатъ. Если онъ не знаетъ, относительно какихъ именно слѣдуетъ сомнѣваться, то его сомнѣніе, стало быть, касается каждаго изъ купленныхъ рабовъ и поэтому по отношенію ко всѣмъ имъ не можетъ быть *bona fides*.

Уже теперь намъ вполне понятно, почему *litis contestatio* уничтожаетъ *bona fides*. Здѣсь дѣло идетъ, конечно, не о честности, или недобросовѣстности въ обыденномъ смыслѣ, а только о томъ, что обыкновенная *diligentia* требуетъ, чтобы мы обратили серьезное вниманіе на процессъ и его эвентуальный исходъ. Если мы проиграли процессъ, то намъ нельзя оправдывать своихъ неосмотрительныхъ дѣйствій во время про-

цесса нашею ошибкою, нашимъ заблужденіемъ относительно юридическаго положенія. Если мы дѣйствительно, несмотря на такое серьезное предупрежденіе и предостереженіе, какъ *litis contestatio*, все-таки не допускали возможности правоты противника, считали всякую *dubitatio* излишнею, такъ это была небрежность, неосторожность, неизвинительное заблужденіе. Отсутствие *dubitatio* послѣ начала процесса не есть *bona fides*, потому что для *bona fides* требуется извинительное заблужденіе. Необходимое наступленіе *mala fides* вслѣдствіе *litis contestatio* представляетъ такимъ образомъ съ нашей точки зрѣнія вполне естественное явленіе; оно означаетъ только, что право устанавливаетъ вполне резонный общій принципъ, по которому послѣ *litis contestatio* не допускается ссылка на извинительное невѣдѣніе ¹⁾.

Если мы признаемъ, что сомнѣнія (или основательнаго повода для сомнѣнія) въ правомѣрности владѣнія достаточно для признанія наличности *mala fides*, то не можетъ быть и рѣчи о правильности традиціоннаго воззрѣнія на *mala fides*, какъ на что-то предосудительное. Сомнѣніе въ нашемъ правѣ и недобросовѣстность въ обыденномъ смыслѣ представляютъ два совсѣмъ различныя явленія; это—обстоятельства, которыя даже относятся къ совсѣмъ различнымъ категоріямъ психическихъ состояній и которыя могутъ случайно быть на лицо у одного и того же человѣка, но могутъ существовать и отдѣльно. Можно себѣ представить массу случаевъ, въ которыхъ кто-либо сомнѣвается въ правомѣрности своего владѣнія, отнюдь не переставая быть добросовѣстнѣйшимъ человѣкомъ. Недобросовѣстность въ обыденномъ смыслѣ заключается отнюдь не въ *mala fides*, какъ таковой, а въ корыстномъ или злоствомъ поведеніи, которое можетъ сопровождать *malae fidei possessio*, но можетъ и не сопровождать.

И о поведеніи *malae fidei possessor*'а слѣдуетъ судить очень осторожно. Въ частности нельзя еще видѣть ничего недобросовѣстнаго въ томъ, что владѣлецъ, несмотря на *mala fides*, продолжаетъ хозяйничать въ имѣніи и не уступаетъ его какъ можно скорѣе тому, кто претендуетъ на право собственности.

¹⁾ Какъ знаніе о процесѣ, *litis contestatio* дѣйствуетъ и противъ третьихъ лицъ, ср. l. 2 C. de pet. her. 3, 31 (*questionis illatae non ignarus comparavit*).

Что бы было, еслибы всё бросали свое возможное право въ случаѣ сомнѣнія въ его дѣйствительномъ существованіи?

Мало того, мы утверждаемъ, что во многихъ случаяхъ наша прямая не только нравственная, но и юридическая обязанность — оставаться во владѣніи, несмотря на *mala fides*. Что бы мы сказали о представителѣ казеннаго вѣдомства, который бы въ случаѣ сомнѣнія въ правѣ собственности казны на извѣстный кусокъ земли, поскорѣе бы распорядился о сдачѣ имущества претенденту, или о мужѣ, который бы такъ же поступилъ съ дотальнымъ участкомъ, или о такомъ же поведеніи управляющаго чьимъ-либо имуществомъ по довѣренности? Очевидно, мы бы заподозрили этихъ лицъ въ крайнемъ легкомысліи или недобросовѣстности, а по гражданскому праву они навлекли бы на себя отвѣтственность за убытки.

Точно также изъ правилъ объ *evictio* мы знаемъ, что легкомысленное нежеланіе оставаться въ положеніи *malaе fidei possessor* влечетъ за собою для субъекта то невыгодное послѣдствіе, что онъ лишается права регресса противъ продавца вещи, о которой возникло сомнѣніе.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ право предписываетъ съ точки зрѣнія господствующей теоріи безнравственное поведеніе, а это является нѣкоторымъ образомъ *reductio ad absurdum* обычной теоріи, потому что приведенныя правила, какъ всякій согласится, не заключаютъ въ себѣ ничего безнравственнаго, а, напротивъ, вполне разумны; причина же недоразумѣнія лежитъ въ неправильномъ воззрѣніи на *bona* и *mala fides*, какъ на нравственныя величины. *Bona* и *mala fides* представляютъ явленія этически безразличныя, безцвѣтныя.

Употребленіе выраженій „добросовѣстное“, „недобросовѣстное“ владѣніе есть вредная и сбивчивая терминологія, отъ которой бы хорошо было освободиться ¹⁾.

Мы должны объяснить правила о доходахъ съ точки зрѣнія остающагося элемента *bonae* и *malaе fidei*. Какое значеніе можетъ имѣть знаніе или незнаніе при владѣніи чужою вещью?

Мы познаемъ одно изъ важнѣйшихъ послѣдствій этого элемента, если сопоставимъ отвѣтственность за плоды при

¹⁾ На нѣмецкомъ языкѣ соотв. термины еще болѣе сбивчивы: „Redlichkeit“, „Unredlichkeit“, честность, нечестность.

bonae и *malae fidei possessio*. Особенно строгимъ правиломъ о знающемъ владѣльцѣ является его отвѣтственность за *fructus percipiendi*, которая въ случаѣ *b. f. possessio* совсѣмъ не имѣетъ мѣста. Но это различіе означаетъ, что знающій владѣлецъ отвѣчаетъ за *culpa* при извлеченіи доходовъ, а незнающій не отвѣчаетъ. Конечно, иначе и быть не можетъ. Знающему можно вѣннить въ вину (*culpa imputatio*) нерадѣніе при извлеченіи доходовъ, а незнающему нельзя его вѣннить. Объективный вредъ въ обоихъ случаяхъ одинаковъ. Но въ случаѣ *bona fides* недостаетъ субъективнаго элемента, который необходимъ для полного состава вины. Нерадѣніе незнающаго владѣльца относительно плодовъ собственника право должно разсматривать, какъ *casus*, точно такъ же, какъ убійство человѣка кѣмъ-либо, кто не могъ подозрѣвать его присутствія въ направленіи выстрѣла. Чтобы вѣннить *culpa*, право должно было бы предписать обязанность къ соблюденію *diligentia*. Но нѣтъ разумнаго смысла возлагать какія-либо обязанности на того, кто объ этихъ обязанностяхъ по существу своего положенія не можетъ знать.

Sicut autem sumptum quem fecit deducit, ita si facere debuit nec fecit, culpaе hujus reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querellae subjectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est. Illud plane praedoni imputari . . . (1 31 §§ 3, 4 D. de H. P. 5, 3).

Отвѣтственность за *fructus percipiendi* не представляетъ, слѣдовательно, никакого наказанія, предназначеннаго для *malae fidei possessor*, какъ такового. Если онъ не окажется виновнымъ ни въ какомъ нерадѣніи, то ему ничего не придется приплачивать изъ собственныхъ средствъ. Римское право относится къ знающему владѣльцу такъ же, какъ и ко всякому честному человѣку, который знаетъ о своей обязанности; вѣдь такія же правила существуютъ, на примѣръ, для залогопринимателя, который владѣетъ заложеннымъ имѣніемъ, для управляющаго чужимъ имѣніемъ и т. д. Если знающій владѣлецъ — добросовѣстный и дѣльный хозяинъ, то онъ будетъ старательно управлять чужимъ имѣніемъ, держать наготовѣ сумму извлеченныхъ доходовъ на случай расчета, и онъ не потерпитъ никакого убытка. И такъ, для объясненія отвѣтственности знающаго владѣльца совсѣмъ нѣтъ надобности

обращаться къ мысли о наказаніи за недобросовѣстность или вообще объ особо строгихъ мѣрахъ, которыхъ *m. f. possessor* заслуживаетъ именно своею недобросовѣстностью. Противъ этого нельзя аргументировать и ссылкой на болѣе строгую отвѣтственность знающаго владѣльца съ момента *litis contestatio*. Съ этого момента знающій владѣлецъ, по господствующему мнѣнію, отвѣчаетъ за ту прибыль, которую истецъ-собственникъ могъ бы извлечь изъ спорной вещи. Здѣсь заключается штрафной элементъ въ томъ смыслѣ, что владѣлецъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ и въ случаѣ заботливаго управленія принужденъ приплатить изъ собственнаго кармана. Но представляетъ ли это строгое правило наказаніе за *mala fides*, какъ таковую? Очевидно нѣтъ, потому что эта строгая отвѣтственность до *litis contestatio* не имѣетъ мѣста, несмотря на *mala fides*. По принципамъ индукціи эта отвѣтственность должна была бы существовать въ случаѣ *mala fides* и до процесса, если бы она относилась къ *mala fides*, какъ слѣдствіе къ основанію, къ причинѣ.

Какъ объяснять сказанную строгую отвѣтственность знающаго владѣльца послѣ *litis contestatio*, мы видимъ изъ l. 40 pr. D. de H. P. 5,3:

Paulus libro vicesimo ad edictum. Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. quid enim, si post litem mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? damnari debet secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet: Cassius contra sensit. in praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.

Это, стало быть, *periculum*, *metus*, которые знающаго владѣльца должны удержатъ отъ продолженія неосновательнаго процесса. Это процессуально-политическая мѣра, направленная не противъ *malaе fidei possessio*, какъ таковой, а противъ неосновательныхъ тяжбъ. Тотъ, кто уже и безъ возбужденія дѣла судебнымъ порядкомъ не вѣрилъ въ свое право, долженъ не затягивать процесса, а поскорѣе рѣшиться

добровольно возратить чужую вещь ея собственнику, иначе ему угрожаетъ отвѣтственность за убытки и потери собственника, происшедшія отъ проволочки въ удовлетвореніи его права. Здѣсь въ основаніи соотвѣств. правилъ лежитъ та же политика, которая заключается въ правилахъ о проволочкѣ въ обязательственномъ правѣ, въ правилахъ о неисправности должника (mora). Это явленіе и слѣдуетъ, по нашему мнѣнію, юридически конструировать, какъ неисправность (mora) съ ея послѣдствіями¹⁾. Впрочемъ, такъ и поступали римскіе юристы, ср. напр. l. 17 § 1 D. de R. V. 6,1 (si moram fecerit in homine reddendo possessor et homo mortuus sit...), l. 15 § 3 eod. (sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari...). Это уже современная наука создала себѣ особыя затрудненія, ограничивая почему-то теорію mora областью обязательствъ. Конечно, мы не утверждаемъ, что правила о вещной mora вполне тождественны съ правилами объ обязательственной неисправности. Одно изъ важнѣйшихъ различій уже видно изъ предыдущаго изложенія²⁾. Вещная mora не наступаетъ до процесса; она поэтому можетъ быть характеризована, какъ процессуальная неисправность, между тѣмъ какъ напоминаніе (interpellatio) должнику производитъ обязательственную mora независимо отъ процесса. Отсутствіе полного тождества, вѣроятно, и удерживаетъ цивилистовъ отъ распространенія теоріи mora на вещныя притязанія, но вѣдь на такіе случаи логика имѣетъ готовый рецептъ. слѣдуетъ констатировать genus и двѣ species.

И такъ, названная строгая отвѣтственность владѣльца послѣ l. contestatio совсѣмъ не представляетъ особаго наказанія за mala fides, какъ таковую, особой невыгоды, которой malae fidei possessor заслуживаетъ своею недобросовѣстностью. Такое объясненіе такъ же не выдерживаетъ критики, какъ бы было ниже критики объясненіе отвѣтственности должника въ

¹⁾ Въ нѣмецкомъ изданіи („Fruchtvertheilung“ стр. 171) это послѣднее положеніе выражено очень нерѣшительно: „Der Processbeginn versetzt den malae fidei possessor gleichsam in die Mora, wie die Mahnung einen Schuldner“. Теперь я не вижу никакихъ основаній для сомнѣній, кромѣ развѣ давленія авторитета господствующей теоріи, относящей ученіе о mora только къ обязательствамъ.

²⁾ Ср. также „Lehre v. Eink.“ В. II, стр. 234 и сл.

случаѣ мога тѣмъ, что заключеніе обязательственныхъ договоровъ представляетъ что-то безнравственное, что каждый должникъ недобросовѣстный человѣкъ. Даже болѣе, римское право обращается вѣжливѣе и осторожнѣе съ *m. f. possessor*, нежели съ *socius, procurator, reus promittendi* и другими исполнѣ порядочными личностями. Мы уже выше упомянули, что должника вѣритель можетъ поставить въ положеніе *debitor morosus* простымъ напоминаніемъ, между тѣмъ какъ собственникъ не можетъ такъ легко навести на владѣльца страхъ особой строгой отвѣтственности. Съ точки зрѣнія господствующаго воззрѣнія на *mala fides* такая снисходительность должна показаться въ высшей степени странной и необъяснимой. Но если принять во вниманіе, что „недобросовѣстный“ владѣлецъ, можетъ быть, честнѣйшій и добросовѣстнѣйшій человѣкъ, вся вина котораго состоитъ въ томъ, что еще не выяснено его юридическое положеніе, что онъ не увѣренъ въ своемъ правѣ, то положенія римскаго права исполнѣ понятны. Какъ можно на людей въ такомъ положеніи производить искусственное психическое давленіе (*metus periculi*) и этимъ мѣшать имъ спокойно отстаивать свое возможное право! Можетъ быть, сомнѣніе владѣльца въ своемъ правѣ лишено основанія; можетъ быть, онъ правъ, а если нѣтъ, то дѣйствительное право, можетъ быть, принадлежитъ другому, а не тому, кто заявляетъ себя собственникомъ.

Что же касается различія правилъ для *malaе fidei* и *bonae fidei possessores* послѣ *litis contestatio*, то оно съ точки зрѣнія гражданской политики не заслуживаетъ одобренія. Если кто либо сомнѣвается въ своемъ правѣ, то начало процесса его еще не всегда убѣдитъ, что право принадлежитъ истцу. Въ такихъ случаяхъ создаваемый строгой отвѣтственностью въ случаѣ проигрыша процесса *metus periculi* производитъ вредное вліяніе. Но точно также возможно, что владѣлецъ до возбужденія дѣла не имѣетъ никакихъ поводовъ для сомнѣнія, а между тѣмъ уже въ началѣ процесса убѣдится, что истецъ несомнѣнно правъ и что продолженіе процесса съ его стороны было бы неосновательнымъ. Правильнѣе съ гражданско-политической точки зрѣнія было бы поставить связанную отвѣтственность въ зависимость отъ наличности *culpa*, отъ виновности въ невозвращеніи вещи и вообще неудовлетвореніи истца. Впрочемъ, и на основаніи источниковъ

въ существѣ дѣла нельзя считать принципомъ юстиніанова или классическаго права различіе отвѣтственности во время процесса, смотря по наличности bona или mala fides. Другія мѣста, кромѣ приведеннаго, говорятъ въ пользу иного рѣшенія. И изъ приведеннаго мѣста видно, что вопросъ былъ между римскими юристами весьма споренъ. Господствующая же теорія потому реципировала мнѣніе Павла въ l. 40 cit., что (напрасно) считаетъ его очень удачнымъ и справедливымъ.

Какъ изъ знанія или сомнѣнія владѣльца, не предполагая никакой недобросовѣстности, можно объяснить его юридическое положеніе, точно также мы должны попытаться объяснить правила о b. f. possessor изъ его незнанія, не предполагая съ его стороны никакихъ нравственныхъ заслугъ. Изъ (извинительнаго ¹⁾) незнанія слѣдуетъ, какъ уже замѣчено выше, невозможность вмѣненія вины. Уже это послѣдствіе незнанія уменьшаетъ значительно отвѣтственность владѣльца относительно плодовъ. О fructus percipiendi не можетъ быть и рѣчи. Но и разные виды consumptio извлеченныхъ плодовъ не могутъ повлечь за собою отвѣтственности владѣльца за соответственные поступки. Эти поступки являютъся по отношенію къ собственнику вещи ничѣмъ инымъ, какъ casus. Но здѣсь для нашего объясненія возникаетъ затрудненіе, которое пока не можетъ быть устранено. Дѣло въ томъ, что послѣ consumptio можетъ остаться обогащеніе отъ consumptio. Невозможность вмѣненія вины не объясняетъ, почему собственникъ не имѣетъ права потребовать отъ незнающаго владѣльца выдачи всего обогащенія. Для обоснованія такого права требованія не требуется обязанности къ diligentia и culpa. Впрочемъ, что мы такъ скоро не найдемъ объясненія нашего института, можно было предвидѣть a priori, потому что онъ представляетъ функцію трехъ факторовъ (ср. выше стр. 119). Мы же пока имѣли дѣло только съ однимъ изъ нихъ. Но все-таки и уже добытые результаты очень цѣнны для дальнѣйшаго изслѣдованія.

¹⁾ Конечно понятно, почему требуется извинительность заблужденія. Если кто либо причиняетъ вредъ другому по неизвинительному заблужденію, то ему можно и слѣдуетъ вмѣнить culpa; послѣдняя состоитъ уже въ заблужденіи, въ ignorantia, которой бы при достаточномъ вниманіи можно было избѣгнуть. Вредъ, возникающій изъ неизвинительнаго заблужденія, представляетъ вредъ, причиненный по винѣ владѣльца.

Понятія: „честность“, „добросовѣстность“, „безнравственность“ и т. п. мы можемъ совсѣмъ элиминировать.

Остается простое и ясное понятіе: незнаніе (извинительное заблужденіе) и знаніе. Исходя изъ этого различія, мы уже объяснили правила о *malae fidei possessio* и констатировали юридически необходимое ограниченіе отвѣтственности незнающаго владѣльца. Послѣдній результатъ интересенъ въ томъ отношеніи, что мы теперь знаемъ, что въ юридическомъ положеніи незнающаго владѣльца требуетъ особаго объясненія, что еще не вытекаетъ изъ общаго принципа права о *culpa*.

§ 20. 2. *Consumptio*. 3. Отличіе плодовъ отъ капитала.

Съ перваго взгляда всякому ясно, что возратить *fructus extantes* вообще легче, нежели *fructus consumpti*. Это обстоятельство объясняетъ особенности нашего института лишь въ томъ случаѣ, если предположить, что право желало предоставить добросовѣстному владѣльцу въ виду его достохвальной честности особое преимущество насчетъ собственника. Сбереженіе добросовѣстному владѣльцу труда и хлопотъ было бы здѣсь какъ разъ подходящимъ подаркомъ. Но если не вѣрить въ эти особыя милости гражданскаго права по отношенію къ-незнающему владѣльцу, тогда вопросъ усложняется. Обыкновенно права вѣрителей, собственниковъ и другихъ управомоченныхъ не измѣняются смотря потому, трудно ли или легко другой сторонѣ удовлетворить ихъ притязанія. Часто трудность удовлетворенія влечетъ за собою для обязаннаго еще большія затрудненія и неудобства, какъ-то необходимость вознаграждать за вредъ, уплатить неустойку и т. п. Разныя послабленія въ этой области и отступленія отъ общихъ началъ современнаго частно-правнаго строя экономическихъ отношеній едва-ли были бы разумны въ виду того, что известная степень строгости и послѣдовательности права собственности и обязательственнаго права необходимы съ точки зрѣнія экономической и культурно-воспитательной.

Одинъ изъ самыхъ основныхъ и существенныхъ принциповъ современнаго общественнаго строя состоитъ въ обезпеченіи собственнику доходовъ отъ предмета его собственности. Нашъ институтъ представляетъ очевидно ограниченіе этого

коренного принципа; въ пользу такой непослѣдовательности должны существовать особыя основанія.

Собственникъ лишается доходовъ отъ своей вещи вслѣдствіе *consumptio* со стороны добросовѣстнаго владѣльца. Какое значеніе можетъ здѣсь имѣть *consumptio*?

Для выясненія этого значенія мы позволимъ себѣ начать съ нѣсколькихъ тривіальныхъ примѣровъ. Первоначальное значеніе выраженія *consumptio* — проглотить, съѣсть. У животныхъ и примитивныхъ людей соотвѣтственное явленіе имѣетъ то рѣшающее значеніе, что поймавшій добычу или собравшій плоды лишается добытыхъ благъ, если онъ возвратится къ мѣсту ихъ нахождения послѣ съѣденія ихъ другимъ животнымъ или человѣкомъ. Онъ можетъ только прогнать или умертвить противника и воспользоваться лишь остатками, если таковыя *extant*.

Теперь представимъ себѣ слѣдующій возможный случай. Какое-либо животное проглотило случайно кусокъ бумаги, на которомъ сообщалась весьма важная для насъ, но еще намъ неизвѣстная тайна. Смотри по обстоятельствамъ, возможно, что животное будетъ немедленно убито для того, чтобы узнать эту тайну. Во всякомъ случаѣ здѣсь возникаетъ вредъ; необходимо разрушить живой организмъ.

Если бы то же сдѣлалъ человѣкъ, то помочь дѣлу невозможно, потому что для открытія тайны пришлось бы пожертвовать человѣческой жизнью.

Теперь болѣе романистическая аналогія: *Seius* застроилъ въ свое зданіе *bona fide* или завѣдомо строевые матеріалы, принадлежащіе *Титію*. Здѣсь произошла, такъ сказать, не физиологическая, а механическая *consumptio*. Аналогія съ физиологическимъ поглощеніемъ состоитъ въ томъ, что для извлеченія застроеннаго бревна необходимо разрушить постройку. Этотъ случай предусмотрѣнъ закономъ XII таблицъ.

Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem (l. 1 D. de tign. iuncto 47,3).

Стало быть, *Titius*, узнавъ, гдѣ находятся украденныя у него бревна, получить лишь *extantia tigna*, т.-е. лишь не-

застроенныя бревна. Его право собственности на застроенныя бревна не можетъ быть осуществлено. Мотивъ закона состоитъ, конечно, не въ оказаніи милости правонарушителю, который пользуется чужими матеріалами для своихъ цѣлей, а въ *bonum publicum*, въ народнохозяйственныхъ соображеніяхъ. Ограниченіе права собственности должно здѣсь предотвратить разрушеніе построекъ и виноградниковъ (*ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur*). Обыкновенно осуществленіе гражданскихъ притязаній не вредитъ народному хозяйству. Извѣстное хозяйственное благо переносится только изъ одного хозяйства въ другое. Мало того, гражданское право вообще и въ особенности тѣ принципы его, которые касаются мѣнового оборота, устроены такъ, что они способствуютъ движенію хозяйственныхъ благъ туда, гдѣ эти блага имѣютъ большую цѣнность и полезность; осуществленіе правилъ гражданскаго права вообще ведетъ къ увеличенію народнаго благосостоянія, къ умноженію хозяйственныхъ благъ путемъ передвиженія объектовъ къ тѣмъ субъектамъ, которые изъ нихъ могутъ извлечь особенно большую пользу съ точки зрѣнія производства или потребленія (къ подходящимъ дестинатарамъ). Здѣсь, напротивъ, послѣдовательное проведеніе принципа частной собственности влекло бы за собою уменьшеніе народнаго богатства. Это было бы передвиженіе, соединенное съ разрушеніемъ хозяйственныхъ благъ; такое разрушеніе предупреждаетъ институтъ *tignum iunctum* (точно такъ же, какъ и соотвѣтственныя болѣе общія правила гражданскаго права, какъ то: *inaedificatio, implantatio, avulsio, adiunctio*) ¹⁾.

¹⁾ Общепринятая теорія и систематика относятъ институты *inaedificatio, implantatio* etc. къ способамъ приобрѣтенія собственности. Съ юридической точки зрѣнія это такъ же неправильно, какъ неправиленъ буквальный смыслъ поговорки: *b. f. p. fr. consumptos suos facit*. Точнѣе было бы отнести эти институты къ области потери, прекращенія права собственности. Въдѣ собственникъ участка, на которомъ, напр., выросла рожь, посѣянная другимъ, или т. п., не имѣетъ самостоятельнаго права собственности на рожь, потому что растеніе на участкѣ (до отдѣленія) не составляетъ самостоятельнаго объекта собственности. Съ юридической точки зрѣнія въ этомъ случаѣ происходитъ не приобрѣтеніе новаго права собственности, а только измѣненіе объекта прежняго права собственности (участка). Напротивъ, другая сторона дѣйствительно теряетъ свое самостоятельное право собственности (на строевые матеріалы, зерна и т. п.).

Съ гражданско-политической точки зрѣнія въ упомянутыхъ институтахъ

Предыдущіе примѣры представляютъ конкретный символъ нашего института. Институтъ *tignum iunctum* представляетъ наглядное воплощеніе той же мысли, которая въ болѣе скрытомъ и отвлеченномъ видѣ лежитъ въ основѣ принциповъ дѣленія доходовъ между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Домъ или организмъ это символы цѣлаго иму-

интересны два вопроса: 1) Когда соединеніе вещей должно вести къ прекращенію права собственности одной изъ сторонъ на ея вещь; 2) кому слѣдуетъ приписать право собственности на сложное цѣлое? Первый вопросъ рѣшается сравнительно просто, смотря по тому, вело ли бы раздѣленіе вещей къ разрушенію хозяйственныхъ благъ или нѣтъ. Второй вопросъ сводится къ вопросу о томъ, кто изъ собственниковъ болѣе годный дестинатаръ для цѣлой вещи съ народно-хозяйственной точки зрѣнія. Что касается соединенія движимостей съ недвижимостями, то здѣсь, по римскому праву, несомнѣнно вопросъ рѣшается въ пользу собственника недвижимости. То же постановляетъ и новое германское гражданское уложеніе (§ 946), причемъ въ мотивахъ (III, стр. 358) категорически заявляется, что признаніе за недвижимостью значенія главной вещи во всѣхъ случаяхъ само собою разумѣется (*die Rolle des Grundstückes als Hauptsache in jedem Falle von vornherein gegeben*). Конечно, съ точки зрѣнія физической, естественной участокъ составляетъ „физическое основаніе“ (ср. Дернбургъ, I, § 209) постройки и является главной вещью. Но вопросъ нашъ долженъ рѣшаться не съ точки зрѣнія физики и естественной зависимости вещей, а съ точки зрѣнія отношенія экономическихъ благъ къ хозяйственнымъ субъектамъ, съ точки зрѣнія выбора правильнаго дестинатара. Съ этой точки зрѣнія положеніе: *superficies solo cedit* не всегда можетъ быть призвано рациональнымъ. Дѣло въ томъ, что постройка (или насажденіе, или иное измѣненіе участка) можетъ до такой степени измѣнить хозяйственную роль участка, что послѣдній сдѣлается для своего первоначальнаго собственника мало полезнымъ или совсѣмъ непригоднымъ къ его потребностямъ и хозяйственной дѣятельности и приобрѣтетъ, съ другой стороны, важное народно-хозяйственное значеніе въ рукахъ стороны, предпринявшей измѣненіе участка. Напр., участокъ, который для собственника представлялъ мѣсто лѣтнаго отдыха, превращенъ въ рыбные садки, застроенъ зданіями кожевеннаго или иного завода; на городскомъ участкѣ, на которомъ собственникъ предполагалъ построить жилой домъ, городское общество или правительство по ошибкѣ построило гимназію, церковь, судъ или т. п. Правильнымъ дестинатаромъ съ экономической точки зрѣнія для такого участка, существенно измѣненнаго и приспособленнаго къ совсѣмъ иному хозяйственному употребленію, очевидно является представитель не участка, а постройки. Въ римскую эпоху при малой дифференціи хозяйства и въ частности хозяйственныхъ функций недвижимости, въ особенности при отсутствіи фабричной промышленности, подобные вопросы не имѣли большаго значенія. *Superficies* при тогдашнемъ строѣ хозяйственной жизни обыкновенно представляла незначительный по количеству капиталъ, не

щества въ развитой экономической жизни. Чтобы болѣе наглядно выразить нашу мысль, посмотримъ на имущество въ эпоху особенно развитой экономической жизни, въ наше время, и притомъ на имущество, которое принимаетъ участіе въ хозяйственномъ оборотѣ, не лежитъ законаннымъ въ землѣ или не хранится спокойно въ чулкѣ или въ банкѣ, а живетъ экономической жизнью.

измѣнявшій хозяйственной природы и значенія участка. Поэтому правильнымъ дестинатаромъ участка вмѣстѣ съ superficies являлся, за чрезвычайно рѣдкими (и не имѣющими важнаго экономического значенія) исключениями, dominus fundi, какъ субъектъ хозяйства, не измѣннаго по существу, а лишь улучшеннаго и дополненнаго въ какой-либо частности. Теперь въ виду хозяйственной дифференціаціи и частыхъ вкладовъ крупнаго капитала въ измѣненіе недвижимостей принципъ superficies solo cedit въ его абсолютной общности едва ли соотвѣтствуетъ задачамъ гражданской политики и поэтому нуждается въ тщательной ревизіи и провѣркѣ. Устанавливая исключенія изъ этого принципа, впрочемъ, не слѣдуетъ упускать изъ виду и значенія недвижимой собственности, какъ таковой, и ея прочности, и въ частности нельзя допускать умышеннаго пользованія соотвѣтственнымъ закономъ для лишенія прежняго собственника его недвижимости.

Что касается неразрывнаго соединенія движимостей, то современные пандектисты понижаютъ и формулируютъ принципъ римскаго права различно и едва ли правильно. По Дернбургу (Pand. I, § 209) „главною вещью признается то, что составляетъ физическое основаніе соединенной вещи“. По Барону (§ 139), „главною вещью считается не та, которая цѣннѣе, а или та, для которой другая предназначена, или та, безъ которой другая не могла бы существовать“. По мнѣнію Виндшейда (I § 189, N. 6), „для отвѣта на вопросъ, представляетъ ли одна изъ вещей и какая именно главную вещь, слѣдуетъ обращать вниманіе на то, какая изъ нихъ соединенному цѣлому сообщаетъ имя и природу (Namen und Wesen gibt), существуетъ ли одна изъ нихъ и которая только ради другой“. Ближе къ существу дѣла указаніе римскаго юриста Флорентина въ l. 29 § 1 D. de aur. arg. 34,2: Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudine patris familias aestimandum est. Важно хозяйственное назначеніе вещи (usus), ея отношеніе къ хозяйственнымъ субъектамъ. Годнымъ дестинатаромъ цѣлага можетъ быть in abstracto признанъ только тотъ изъ двухъ первоначальныхъ собственниковъ, хозяйственное назначеніе вещи котораго совпадаетъ съ назначеніемъ цѣлага. Негоднымъ дестинатаромъ является тотъ, вещь котораго при соединеніи измѣнила свою хозяйственную роль. Важно слѣдовательно, которая вещь по своему хозяйственному назначенію предопредѣляетъ и характеризуетъ хозяйственное назначеніе цѣлага. Киль корабля не потому является главною вещью по отношенію къ присоединеннымъ дальнѣйшимъ строевымъ матеріаламъ (напр., доскамъ, l. 61 D. de R. V. 6,1), что онъ является „физическимъ основаніемъ“ цѣлага корабля или что „доски существуютъ ради кили или предназначены для кили“, а потому, что начатая постройка корабля, изготовленіе кили, предопредѣляетъ назначеніе цѣлага,

Такое имущество есть стройный организм, есть здание, которое имѣетъ свой фундаментъ, свои стѣны, крышу и т. д. Это здание, изъ котораго нельзя вынимать встроенныхъ балокъ, иначе оно рухнетъ. Это машина, изъ которой нельзя вынуть ни одного винтика; иначе остается одна мертвая масса безъ движенія.

Имущество дѣятельнаго сельскаго хозяина не хранится въ кассѣ, а вложено въ землю, въ машины и орудія, въ рабочій скотъ. Если бы имущество его лежало въ кассѣ, внезапное лишеніе части имущества произвело бы только то послѣдствіе, что его богатство соотвѣтственно бы уменьшилось, а какое либо другое имущество соотвѣтственно увеличилось. Абсолютнаго вреда нѣтъ. Но если его имущество живетъ экономическою жизнью, то послѣдствія окажутся болѣе серьезныя. Предположимъ, изъ имущества сельскаго хозяина внезапно изъяли часть земли. Но этотъ кусокъ земли исполнялъ извѣстную роль въ хозяйствѣ, напр., въ этомъ году былъ предназначенъ на посѣвъ кормовыхъ травъ. Вслѣдствіе лишенія этого куска земли вся система хозяйства придетъ въ разстройство. Потребуется нѣсколько лѣтъ, пока хозяинъ, подѣливъ оставшееся количество земли на новыя части, восстановитъ правильный сѣвооборотъ. Такъ какъ для всякаго рода посѣва при правильномъ хозяйствѣ должна быть въ каждомъ году предназначена опредѣленная часть, напр. $\frac{1}{9}$, всей земли, то вслѣдствіе новаго дѣленія участковъ придется на различныхъ частяхъ земли нѣсколько лѣтъ, напр. 9, сѣять не то, чего требуетъ нормальное хозяйство. Далѣе, для меньшаго количества земли окажется излишнимъ извѣст-

между тѣмъ какъ присоединенныя вслѣдствіи доски другого собственника могли предназначаться для хозяйственныхъ цѣлей, не имѣющихъ ничего общаго съ кораблемъ, такъ что передача цѣлаго собственнику досокъ (который, можетъ быть, предназначалъ ихъ для торговли, для выдѣлки мебели и т. п.) была бы съ хозяйственной точки зрѣнія весьма неумѣстною. Корабль слѣдуетъ дать корабельщику, а не мебельщику или т. п.

Insula nata, alveus, alluvio тоже распредѣляются по принципу годнаго дестинатара, т. е. достаются тому, для кого удобнѣе всего утилизація новаго куска земли. Здѣсь масштабомъ является близость.

Вообще изъ ученія о способахъ пріобрѣтенія собственности слѣдуетъ исключить всякія физическія и т. п. соображенія и поставить все ученіе на народно-хозяйственную почву. Главный принципъ гласитъ: народное благосостояніе увеличивается, если хозяйств. блага соединяются съ годными дестинатарами, уменьшается, если такая связь нарушается.

ное количество скота и орудій обработки. Придется излишніа части инвентаря продать, вѣроятно, много ниже нормальной цѣны. За то придется купить корму для скота, потому что этого необходимаго продукта хозяинъ у себя не имѣеть.

Еще много опаснѣе отнять у хозяина часть рабочаго скота или орудій обработки. Въ этомъ случаѣ или хозяйство придетъ въ разстройство, или появится долгъ; а если кредитъ исчерпанъ? Тогда появится въ хозяйствѣ болѣзнь, порокъ, можетъ быть, неизлечимый.

Возьмемъ другого производителя—фабриканта или ремесленника. Всякая часть ихъ имущества есть часть сложной машины. Менѣе всего представляетъ опасности взять ту часть ихъ имущества, которая состоитъ въ деньгахъ. Но и деньги у нихъ праздно не лежатъ. Онѣ предназначены на закупку матеріала, на ремонтъ, на уплату срочнаго долга и наемъ рабочихъ. Какое бы ни было ихъ предназначеніе, внезапное изыятіе этихъ денегъ изъ кассы можетъ нанести ударъ всему хозяйственному плану, всей напередъ опредѣленной системѣ хозяйства; оно не будетъ уменьшеніемъ имущества только на изытую сумму, а можетъ повлечь за собою экономическій вредъ, много разъ большій. Если фабрикантъ не можетъ купить матеріала для производства или уплатить рабочимъ, то часть его постояннаго капитала не принесетъ обыкновенной пользы; если внезапно изыять изъ его кассы 1000, то народное имущество не потерпитъ вслѣдствіе перенесенія этой тысячи въ другое имущество никакого убытка, но дальнѣйшимъ послѣдствіемъ этого перенесенія можетъ быть уменьшеніе національнаго богатства на 10,000.

Было бы излишне приводить здѣсь подобныя соображенія о хозяйствѣ купца, банкира и т. п. Ихъ имущества подвергаются подчасъ разрушенію вслѣдствіе опозданія какого-либо ожидаемаго платежа.

Существо современнаго производительнаго частнаго хозяйства состоитъ въ томъ, что всякая составная часть имущества имѣеть опредѣленное производительное значеніе и соотвѣтственную спеціальную форму. Органы частнохозяйственныхъ организмовъ дифференцированы. Важнѣйшее явленіе въ этой области состоитъ въ дѣленіи имущества на постоянный и оборотный капиталъ. Постоянный капиталъ имѣеть производительное значеніе лишь постольку, поскольку онъ оплодо-

творяется достаточнымъ оборотнымъ капиталомъ. Въ постоянномъ капиталѣ можно въ свою очередь различать разные составныя части, которыя исполняютъ самостоятельную и для производительности всего хозяйства необходимую функцію. То же имѣетъ мѣсто по отношенію къ оборотному капиталу. Эта дифференціація органовъ и функцій ведетъ необходимо къ тому явленію, что отсутствіе какого-либо хозяйственного органа влечетъ за собою несоразмѣрный вредъ, который можетъ многократно превзойти цѣнность недостающаго органа.

Дифференціація хозяйственныхъ органовъ развивается исторически. На низкихъ ступеняхъ развитія частное хозяйство такъ же мало дифференцировано, какъ примитивныя организмы.

Какъ отъ организма низкой ступени развитія можно отдѣлить половину, три четверти безъ прекращенія жизни, такъ и отъ имущества низкаго экономическаго типа можно безвредно отнять большую или меньшую часть. Если бы у библейскаго Якова отняли половину его имущества, т.-е. половину его кочующихъ стадъ, и отдали другому, произошло бы не больше какъ дѣленіе имущества на двѣ равно полезныя и жизнеспособныя части, какъ и прежде. Но изъ развитого организма, изъ сложной машины, изъ стройнаго зданія, изъ имущества развитой экономической жизни нельзя внезапно изъять какой-либо части, иначе прекратится жизнь, остановится движеніе, падетъ зданіе, произойдетъ потеря, превышающая много разъ цѣнность изъятой части.

Мало этого, не только каждое отдѣльное имущество въ развитомъ оборотѣ составляетъ одинъ организмъ, одно зданіе, но и совокупность отдѣльныхъ имуществъ есть одно большое зданіе, одна большая машина, машина національнаго производства. Одно имущество опирается на другое. Разрушеніе одного имущества распространяетъ экономическую смерть и разрушеніе вокругъ себя. Что производитъ экономическое паденіе одного фабриканта, купца, банкира? Рабочіе лишаются заработка, прочіе производители части сбыта своихъ продуктовъ; люди, имѣвшіе отношенія кредита съ павшимъ имуществомъ, сами разоряются и распространяютъ далѣе разоренія вокругъ себя. Экономическіе кризисы общіе и частныя, говорятъ слишкомъ убѣдительно. Система имущества это домъ

изъ картъ. Строять его долго и терпѣливо, но достаточно нѣсколькихъ минутъ, чтобы паденіе одной карты постепенно повлекло за собою разрушеніе всего дома.

Продолжаемъ наше сравненіе. *Tignum iunctum* это есть вещь приведенная въ органическую связь со зданіемъ; это есть вещь, вошедшая въ органическую связь съ имуществомъ.

Но между отношеніемъ *tignum* къ цѣлому зданію и части имущества къ цѣлому есть важная разница. *Tignum iunctum* играетъ въ зданіи роль механическую; изъятіе *tignum iunctum* влечетъ за собою разрушеніе дома по механическимъ законамъ тяготѣнія, какъ изъятіе части организма влечетъ смерть по біологическимъ причинамъ.

Части имущества соединены иначе. Онѣ соединены планомъ будущаго производства, предусмотрительностью. Изъятіе части имущества влечетъ за собою смерть и разрушеніе не механически, а вслѣдствіе неоправданія хозяйственнаго плана. Поэтому изъятіе это не дѣйствуетъ смертельно, если оно было предусмотрено въ хоз. планѣ.

Если фабрикантъ знаетъ, что въ слѣдующемъ году или мѣсяцѣ ему придется уплатить такую-то сумму по векселю, то въ его хозяйственномъ планѣ является особый предусмотрѣнный постъ. Посредствомъ соответственныхъ операций онъ отдѣляетъ постепенно отъ своего имущества требуемую сумму или, имѣя уже теперь эту сумму, не соединяетъ ея съ имущественною машиною, напр., не расширяетъ объема производства, или вводитъ ее въ машину производства такъ, что къ требуемому сроку можетъ ее опять освободить. Точно также сельскій хозяинъ, предусматривая, что онъ можетъ лишиться опредѣленнаго куска земли, не введетъ его въ общую систему хозяйства, а будетъ такъ хозяйничать, чтобы отнятіе этого куска не повело за собою замѣшательства и разстройства всего хозяйства, напр., не построить на спорномъ участкѣ своихъ хозяйственныхъ зданій.

Съ этой народно-хозяйственной точки зрѣнія, а не съ точки зрѣнія честности или нечестности слѣдуетъ обсуждать и объяснять правила о *bona* или *mala fides*, о знаніи или незнаніи о чужомъ правѣ. Только съ этой точки зрѣнія можно понять гражданско-политическое значеніе римскихъ правилъ о *bonae fidei possessio* и достигнуть правильнаго ре-

гулированія этого вопроса въ будущихъ гражданскихъ уложеніяхъ. *Bonae fidei possessio* есть опасное и вредное явленіе въ народномъ хозяйствѣ, потому что она ведетъ необходимо къ ошибочному хозяйственному плану. Она причиняетъ въ своей сферѣ такого же рода вредъ, какъ опасныя явленія природы: огонь, падежъ скота, градобитіе, или какъ экономическія опасности: кризисы, уничтоженіе рынковъ сбыта въ сосѣднихъ государствахъ путемъ запретительныхъ пошлинъ и т. п.

Потрясенія, причиняемая частному хозяйству (и косвенно народному хозяйству) вредными явленіями природы, предупреждаются страхованіемъ. Вредъ отъ *bona fides* гражданское право должно нейтрализовать ограниченіемъ осуществленія тѣхъ правъ, къ которымъ *bona fides*, какъ незнаніе, относится. И дѣйствительно, римское право содержитъ систему нормъ, исполняющихъ эту экономическую функцію.

Въ области *bonae fidei possessio* сюда относится прежде всего *usucapio*, давность владѣнія. Вслѣдствіе *usus*, вслѣдствіе постепеннаго сращенія чужой вещи съ хозяйствомъ добросовѣстнаго владѣльца чужая вещь превращается въ *titulum iunctum* въ экономическомъ смыслѣ. Чтобы предотвратить хозяйственное разрушеніе, которое является послѣдствіемъ внезапнаго изытія вещи изъ хозяйственного организма, осуществленіе собственности ограничивается извѣстнымъ предѣломъ времени, напр., десятилѣтнимъ срокомъ. Съ теченіемъ времени вообще владѣлецъ дѣлается все болѣе и болѣе правильнымъ дестинатаромъ вещи, а невладевецъ перестаетъ быть таковымъ. Съ хозяйственнымъ организмомъ владѣльца вещь срастается; отъ хозяйственного организма невладельца она отчуждается, потому что не играетъ въ немъ никакой роли ни на дѣлѣ, ни въ хозяйственномъ планѣ. Въ пользу того, что невладеющій собственникъ съ экономической точки зрѣнія является вообще мало годнымъ дестинатаромъ вещи, что соотвѣтственное экономическое благо не имѣетъ для него существеннаго значенія, говоритъ часто и то обстоятельство, что онъ въ теченіе столь продолжительнаго времени не проявилъ достаточнаго желанія и энергіи, чтобы осуществить свое право. Съ другой стороны, институтъ давности создаетъ для собственниковъ, дорожающихъ вещью, мотивы позаботиться своевременно о выясненіи

юр. положенія и осуществленія своего права, такъ что этимъ косвенно уменьшается масса и продолжительность ошибочныхъ и опасныхъ хозяйственныхъ положеній. Однимъ словомъ, институтъ давности представляетъ особый юридическій способъ такого распредѣленія благъ, которое увеличиваетъ народное богатство (или предупреждаетъ его уменьшеніе), потому что соединяетъ хоз. блага съ экономически правильными дестинатарами, не допускаетъ болѣзненной операціи извлеченія *ignis iunctum* изъ хозяйственного зданія владѣльца ¹⁾.

¹⁾ Впрочемъ, психологически понятно и естественно, что продолжительное пассивное отношеніе со стороны управомоченнаго, напр., собственника, вѣрителя, и въ случаѣ отсутствія *bona fides* на сторонѣ должника или владѣльца обыкновенно ведетъ къ экономическому сращенію соответственнаго блага съ хозяйствомъ и житейскими планами лица, обязаннаго выдать или уплатить. Отсюда понятно, почему *bona fides* не всегда и не вездѣ играетъ въ гражданскихъ правахъ роль необходимаго условія давности. Но съ гражданско-политической точки зрѣнія едва-ли какое-либо законодательство рѣшаетъ этотъ вопросъ вполне правильно. Нельзя видѣть удачнаго рѣшенія какъ въ полномъ игнорированіи элемента *bona fides* (какъ, напр., поступаетъ русское гражданское право), такъ и въ требованіи *bona fides* въ началѣ владѣнія (римское право) или во все время продолжительнаго давностнаго срока (каноническое право, современное пандектное право и большинство прочихъ новыхъ уложеній, въ томъ числѣ и германское § 937). Съ точки зрѣнія изложеннаго здѣсь взгляда на значеніе давности и *bona fides* правильнѣе было бы установленіе различныхъ сроковъ для добросовѣстныхъ и недобросовѣстныхъ владѣльцевъ, напр., для послѣднихъ вдвое большаго срока, нежели для первыхъ; *bona fides superveniens* въ такомъ случаѣ удваивала бы остающійся срокъ. Далѣе, съ нашей точки зрѣнія *bona fides* получаетъ законодательное значеніе и въ области исковой давности. Иначе относится къ этому вопросу господствующая теорія и въ частности исходящіе изъ нея составители германскаго уложенія. Мотивы (I стр. 291) видятъ въ исковой давности средство для того, чтобы освободить пользующагося давностью отъ старыхъ претензій, защита противъ которыхъ вслѣдствіе истеченія продолжительнаго времени для него весьма трудна или невозможна. Отъ противника зависитъ осуществить свое право раньше или выбрать такое неудобное для отвѣтчика время. Изъ такой основной идеи давности вытекаетъ само собою (*ergiebt sich von selbst*, стр. 296), что добросовѣстность обязаннаго не можетъ здѣсь имѣть никакого значенія, потому что центръ тяжести института лежитъ въ поведеніи управомоченнаго, а не обязаннаго, такъ что и условія давности должны быть извлечены изъ поведенія перваго субъекта (*die Anspruchsverjährung entnimmt ihre Voraussetzungen dem Verhalten des Berechtigten, nicht demjenigen des Verpflichteten*).

Напротивъ, въ области давности владѣнія составители проекта, пови-

Съ той же экономической точки зрѣнія слѣдуетъ обсуждать и римскія правила объ издержкахъ, сдѣланныхъ владѣльцемъ чужого участка, въ частности отношеніе римскаго права къ добросовѣстнымъ и къ недобросовѣстнымъ владѣльцамъ. Господствующее мнѣніе объясняетъ послѣднее очень просто. Римское право милостиво относится къ добросовѣстнымъ людямъ и караетъ недобросовѣстность. Правила о возмѣщеніи издержекъ одною ступенью строже по отношенію къ недобросовѣстному владѣльцу, нежели по отношенію къ добросовѣстному. Послѣднему возмѣщаются необходимыя и полезныя издержки, первому только необходимыя. Сообразно съ этимъ взглядомъ составители германскаго проекта гражданскаго уложенія (перваго чтенія) видятъ въ невозмѣщеніи

дому, добросовѣстность считаютъ существеннымъ условіемъ давности. Здѣсь они видятъ въ институтѣ давности „защиту добросовѣстности“ (III, стр. 351. „Das Bedürfniss eines Schutzes des guten Glaubens verdient auch in Ansehung der Ersitzung nur insoweit Anerkennung, als der Irrthum des Erwerbenden auf das Eigenthum des Veräußerers sich bezieht“). Точно также и новые пандектисты приписываютъ добросовѣстности важное значеніе, считая только добросовѣстныхъ владѣльцевъ заслуживающими защиты. Такъ, напр., Баронъ (§ 144) замѣчаетъ: „Недостойныя приобрѣтенія по давности тотъ, кто завладѣлъ вещь хотя и на основаніи titulus, но недобросовѣстно, не съ доброю вѣрою (bona fides)“. Нѣкоторые, впрочемъ (ср. Дернбургъ I, § 219), не относятъ bona fides къ существу и понятію usucapio, потому что древнѣйшее римское право не требовало добросовѣстности, но и они не отрицаютъ прогресса, заключающагося въ признаніи значенія bona fides позднѣйшимъ римскимъ правомъ (ср. Дернбургъ eod.: „Съ теченіемъ времени болѣе тонкое развитіе гуманнаго правосознанія повлекло за собою установленіе условія добросовѣстности“, ср. также § 222: „Только недостойные не должны пользоваться благодѣяніемъ“). Если бы римское право выставило условіе bona fides и въ области исковой давности, какъ это оно сдѣлало въ области давности владѣнія, то современные цивилисты, вѣроятно, тоже находили бы, что недостойныя благодѣянія исковой давности недобросовѣстныя.

Съ нашей точки зрѣнія въ обоихъ институтахъ добросовѣстность должна служить весьма существеннымъ условіемъ особаго усиленнаго страхованія противъ неожиданностей (краткосрочной давности), но и хозяйства „недобросовѣстныхъ“ тоже должны быть обезпечены противъ потрясеній по истеченіи долгосрочной давности. Въ первомъ случаѣ ошибка съ самаго начала ведетъ къ скорому сращенію чужого хозяйственнаго блага съ хозяйствомъ обязаннаго. Во второмъ случаѣ лишь продолжительное пассивное отношеніе противника создаетъ и хозяйственно оправдываетъ такое же обманчивое спокойствіе и соответственное хозяйственное поведеніе.

imp. utiles недобросовѣстному владѣльцу *roena privata* за его недобросовѣстность и, слѣдуя общепринятому принципу, что *roenae privatae* римскаго права не должны теперь имѣть значенія, устраняють въ проектѣ всякое различіе между добросовѣстными и недобросовѣстными владѣльцами.

Между тѣмъ изъ источниковъ видно, что уже римскіе юристы глубже понимали этотъ вопросъ и въ частности въ невозмѣщеніи *imp. utiles* видѣли не наказаніе за нечестность, а только естественное послѣдствіе того, что *malae fidei possessor* можетъ предвидѣть угрожающее ему отнятіе участка и сообразовать съ этимъ свои хозяйственные планы и поступки. Такъ, напр., въ l. 38 D. de H. P. 5, 3 находимъ совершенно рациональное замѣчаніе: *de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit*. Точно также въ § 30. J. de rer. div. 2, I читаемъ: *nam scienti alienum esse solum potest culpa obici. quod temere aedificaverit in eo solo, quod intellegeret alienum esse*. Позволить знающему владѣльцу (*scienti alienum esse solum*) дѣлать т. н. полезныя издержки на счетъ собственника было бы въ высшей степени опасно. Эти издержки и ихъ размѣръ (въ отличіе отъ *imp. necessariae*) не опредѣляются наличными потребностями хозяйства, а могутъ быть производимы въ любомъ размѣрѣ и направленіи. *Malae fidei possessor* могъ бы посредствомъ нихъ произвольно и умышленно обременять собственника не по средствамъ послѣдняго или производить такого рода измѣненія, для которыхъ собственникъ не является годнымъ destinatаромъ, которыхъ собственникъ не могъ и не сумѣлъ бы производительно эксплуатировать. Право не можетъ поощрять владѣльца къ такому экономически вредному поведенію, а, напротивъ, должно создать для него мотивы воздержаться отъ произвольнаго обремененія управомоченнаго. Это достигается закономъ о невозмѣщеніи не-необходимыхъ издержекъ. Если же въ конкретномъ случаѣ знающій владѣлецъ не принялъ во вниманіе, что онъ производитъ издержки на чужой участокъ, и потомъ не получаетъ возмѣщенія этихъ издержекъ, то онъ не можетъ жаловаться на объективный правопорядокъ, а только *de se queri debet*. Иное положеніе незнающаго владѣльца, который считаетъ участокъ своимъ, и собственное хозяйство и имущество котораго могло бы подвергнуться опасному потрясенію и разоренію, если бы объектив-

ное право не приняло во вниманіе его извинительнаго заблужденія и не обезпечило бы его противъ случайной потери. *Bonaе fidei possessor* дѣйствительно могъ бы жаловаться на неразумность права, несовершенное устройство котораго ведетъ къ такимъ скрытымъ опасностямъ. Весьма важная и существенная задача гражданскаго права состоитъ въ томъ, чтобы субъектамъ частныхъ хозяйствъ гарантировать плоды ихъ закономѣрной хозяйственной дѣятельности, чтобы производители спокойно и безопасно могли составлять и исполнять свои хозяйственные планы, не опасаясь скрытыхъ подводныхъ скалъ, парализующихъ ихъ энергію и предприимчивость и подвергающихъ ихъ хозяйство, а также личное и семейное благосостояніе неожиданнымъ опасностямъ и потрясеніямъ.

Что причину различнаго отношенія права въ различныхъ случаяхъ къ т. н. полезнымъ издержкамъ является не добросовѣтность или недобросовѣтность въ обыденномъ смыслѣ, а возможность или невозможность правильнаго хозяйственнаго расчета въ зависимости отъ *scientia* или *ignorantia*, не трудно было бы убѣдиться путемъ индуктивнаго сопоставленія различныхъ правовыхъ нормъ, касающихся возмѣщенія *imp. utiles*. Здѣсь не мѣсто для приведенія и разбора всего относящагося сюда матеріала и мы ограничимся лишь однимъ фрагментомъ, гдѣ о недобросовѣтности субъекта, сдѣлавшаго *imp. utiles*, рѣчи быть не можетъ, а между тѣмъ онъ не получаетъ возмѣщенія. l. 9 § 1 D. locati 19, 2 гласитъ:

Hic subiungi potest quod Marcellus libro sexto digestorum scripsit: si fructuarius locaverit fundum in quinquennium et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis quam insula exusta teneretur locator conductori. sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fructus est, pensionem praestet, Marcellus quaerit, quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem? et magis admittit teneri eum: et est aequissimum. idem quaerit, si sumptus fecit in fundum quasi quinquennio fructurus, an recipiat? et ait non recepturum, quia hoc evenire posse prospicere debuit. quid tamen si non quasi fructuarius ei locavit, sed si quasi fundi dominus? videlicet tenebitur: decepit enim conductorem: et ita imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit.

Въ обоихъ случаяхъ очевидно на сторонѣ арендатора

нѣтъ никакой недобросовѣстности. Въ первомъ случаѣ, т.-е. если онъ знаетъ, что заключилъ договоръ аренды съ узурпаторомъ, онъ находится въ благопріятномъ положеніи знающаго владѣльца, т.-е. онъ можетъ составить осторожный и правильный хозяйственный планъ. Если онъ тѣмъ не менѣе *non prospexit*, то самъ виноватъ въ своей потерѣ. Напротивъ, если онъ по извинительному заблужденію полагалъ, что арендуетъ участокъ отъ собственника, то онъ находится въ положеніи незнающаго владѣльца. Онъ не могъ предвидѣть, что участокъ можетъ быть у него отнятъ до истеченія срока аренды. Его хозяйственный планъ при всей осторожности съ его стороны долженъ былъ заключать въ себѣ важную ошибку. Противъ послѣдствій такой *deceptio* его страхуетъ положеніе о возмѣщеніи издержекъ.

Отсюда между прочимъ видно, почему послѣ *litis contestatio* не возмѣщаются *imp. utiles*, почему *litis contestatio* и въ области возмѣщенія издержекъ ведетъ за собою послѣдствія *mala fides*. Начало процесса есть предостереженіе, которое ведетъ къ осторожному и правильному хозяйственному поведенію. Прежній *bonae fidei possessor* можетъ съ этого момента исправить свой хозяйственный планъ. Онъ впредь не будетъ приводить свое хозяйство въ органическую связь со спорнымъ участкомъ, напр., не будетъ возводить на немъ новыхъ построекъ. Напротивъ, онъ можетъ воспользоваться временемъ процесса для того, чтобы приготовить эвентуальное отдѣленіе спорнаго участка отъ своего хозяйства, дабы это отдѣленіе могло быть произведено по возможности безъ вреда и хозяйственныхъ потрясеній. Правило римскаго права о невозмѣщеніи *imp. utiles* послѣ *litis contestatio* создаетъ для владѣльца мотивы для этого экономически разумнаго поведенія, а отнюдь не имѣетъ въ виду наказать владѣльца за то, что противъ него возбужденъ процессъ.

Столь же разумная экономическая политика лежитъ въ основаніи римскихъ правилъ объ *imp. necessariae* и *voluptuariae*. *Imp. necessariae* являются необходимымъ условіемъ нормальнаго хода хозяйства, кто бы имъ ни завѣдывалъ. Упущеніе ихъ влекло бы за собою разрушительныя послѣдствія для хозяйства, какъ такового, и въ этомъ смыслѣ собственникъ является тоже годнымъ дестинатаромъ *imp. necessariae*, сдѣланныхъ владѣльцемъ. Поэтому право должно устранить мотивы

воздержанія отъ этихъ издержекъ и вообще гарантировать недобросовѣстному владѣльцу и въ частности всякому владѣльцу послѣ L. C. полное ихъ возмѣщеніе, что римское право и дѣлаетъ. *Imp. voluptuarіae*, сооруженія, сдѣланныя владѣльцемъ для личной прихоти или роскоши, обыкновенно не нашли бы въ послѣдующемъ хозяинѣ годнаго destinatара, а только обременили бы его, можетъ быть, скромный бюджетъ необходимостью возмѣщенія: римское право совѣтуетъ владѣльцамъ чужихъ имѣній etc. воздерживаться отъ производства этихъ издержекъ, поставляя имъ на видъ, что онѣ имъ возмѣщены не будутъ ¹⁾.

Найдя экономическое значеніе *bona fides*, какъ источника ошибочныхъ частно-хозяйственныхъ плановъ, какъ источника опаснаго сращенія чужихъ хозяйственныхъ благъ съ хозяй-

¹⁾ Въ первомъ проектѣ германскаго гражд. уложенія возмѣщеніе издержекъ въ области владѣнія чужою вещью и въ прочихъ институтахъ было регулировано весьма неудачно. Для „упрощенія“ прежнихъ правилъ (римскаго права) и устраненія мнимой „*roena privata*“, заключающейся въ невозмѣщеніи недобр. владѣльцу не-необходимыхъ издержекъ, проектъ уравнивалъ всѣхъ владѣльцевъ и всѣ виды издержекъ (§ 936) и постановлялъ, что собственникъ всякія издержки всякому владѣльцу возмѣщаетъ въ размѣрѣ своего обогащенія изъ имущества владѣльца. Такимъ образомъ получался для владѣльцевъ совѣтъ не рисковать своими средствами для *imp. necessariae* (напр., необходимая постройка можетъ сгорѣть, придти въ ветхость и потерять такимъ образомъ свою цѣнность), а съ другой стороны имъ давалась возможность посредствомъ *imp. utiles* или *voluptuarіae* произвольно обременять или даже разорять, или экспроприровать собственника. Въ другихъ институтахъ проектъ вводилъ еще болѣе нелѣпыя и зловредныя правила, совсѣмъ не гарантируя возврата *imp. necessariae* или ставя эти издержки въ худшее положеніе (напр., относительно возмѣщенія процентовъ), нежели *imp. utiles* и *voluptuarіae*. Подробная полемика противъ правилъ проекта перваго и отчасти втораго чтенія объ издержкахъ содержится въ „*Lehre von Einkommen*“, I, стр. 293 и сл., II, §§ 8, 29, 33. Критики „*Fruchtvertheilung*“ и „*Lehre von Einkommen*“ въ томъ числѣ и такой ожесточенный противникъ моея общей критики втораго германскаго проекта, какъ Р. Зомъ (*Ueber d. Entw.*, стр. 25) признали правильность этихъ указаній и необходимость сдѣлать соответственные измѣненія въ проектѣ. Въ концѣ концовъ эти измѣненія постепенно (въ различныхъ законод. фазисахъ проекта) понемногу были въ значительной степени исполнены, тѣмъ не менѣе и теперешнее герм. уложеніе далеко не достигло въ этой области вполне рациональнаго регулированія вопроса.

ством „добросовѣстнаго“ субъекта, мы можемъ приступить къ объясненію функціи нашего института въ народномъ хозяйствѣ. Но прежде мы должны еще найти существо различія между плодами и прочими хоз. благами, играющаго важную роль въ нашемъ институтѣ.

Чтобы опредѣлить причинную зависимость правилъ нашего института отъ того, относятся ли извѣстные хозяйственные блага къ плодамъ или нѣтъ, мы соотвѣтственно нашему методу должны привлечь для индуктивнаго сопоставленія другія правовыя явленія, гдѣ различіе между плодами и прочими хоз. благами тоже не остается безъ вліянія. Подробная индуктивная переработка соотвѣтственнаго матеріала для опредѣленія экономическаго существа понятія *fructus* и значенія этого понятія для гражданской политики находится въ другомъ нашемъ сочиненіи „*Lehre v. Einkommen*“ (§§ 3. 16) и мы можемъ поэтому сослаться на это сочиненіе и воспользоваться здѣсь непосредственно слѣдующимъ, тамъ подробно обоснованнымъ, общимъ положеніемъ: существо плодовъ (*fructus*) состоитъ въ томъ, что они представляютъ потребительный фондъ *boni patris familias*. Это между прочимъ выражается и въ этимологіи слова *fructus*, которое собственно означаетъ предметъ хозяйственнаго и умереннаго потребленія (*frugi, frugalitas*). Соотвѣтственно періодичности нашихъ потребностей *bonus pater familias* заботится о томъ, чтобы этимъ потребностямъ соотвѣтствовали періодическій (періодически возвращающійся) потребительный фондъ (*fructus, reditus, rendita, revenue*) и потребляетъ только такія прибыли, которыя способны къ періодическому возвращенію (но не единовременныя прибыли, напр., наслѣдство, легать, *thesaurus, partus ancillae* и т. п., которыя причисляются къ капиталу). Принципу періодичности дохода противорѣчить умаленіе или истощеніе источника дохода, поэтому съ понятіемъ *frui* соединяется постулатъ *salva rerum substantia*. Для хозяйственной правовой политики, въ частности для финансовой политики (напр., *ordinarium* и *extraordinarium* бюджета, опредѣленіе объектовъ обложенія, въ частности и въ особенности объекта подоходной подати ¹⁾ и политики гражданскаго права эти общіе постулаты (объекти-

¹⁾ Современные законы о подоходной подати исключаютъ тѣ же предметы изъ понятія дохода, что и римское право. Но въ финансовой практикѣ существуютъ нѣкоторыя сомнѣнія и неточности, которыя съ полнымъ успѣ-

вируванные въ понятіи: доходъ, *fructus, reditus*) имѣютъ весьма важное значеніе: нормы права, регулирующія хозяйственныя явленія, должны вообще принимать ихъ во вниманіе и не мѣшать или даже положительно содѣйствовать ихъ осуществленію. Эти же хозяйственныя постулаты необходимы и для пониманія многочисленныхъ правилъ римскаго права о *fructus*, между прочимъ и правила о *fructus* при *actio hypothecaria*. Оставляя здѣсь въ сторонѣ весь прочій индуктивный матеріалъ римскаго права, дающій приведенныя общія положенія, мы все-таки считаемъ нужнымъ сказать нѣсколько словъ объ отношеніи *actio hypothecaria* къ плодамъ въ виду того, что здѣсь мы находимъ поразительную аналогію съ принципами нашего института. Въ закладномъ правѣ точно такъ же, какъ и въ ученіи о добросовѣстномъ владѣніи, имѣетъ важное значеніе дѣленіе *fructus* на *consumpti* и *extantes*, а именно залогоприниматель можетъ путемъ *actio hypothecaria* требовать отъ залогодателя только *fructus extantes*. Потребленіе плодовъ освобождаетъ залогодателя отъ всякихъ обязанностей по отношенію къ *fructus* (l. 16 § 4 D. de pign. 20,1). Такъ какъ это положеніе не зависитъ отъ *bona fides* владѣльца заложенной вещи, то здѣсь мы имѣемъ особенно годный матеріалъ для индуктивнаго (вывода или) подтвержденія значенія различія между *fructus* и *non-fructus*. Здѣсь это значеніе выступаетъ въ болѣе ясномъ и чистомъ видѣ, такъ какъ здѣсь элиминировано вліяніе усложняющаго фактора, дѣйствующаго въ нашемъ институтѣ — *bona fides*. Въ самомъ дѣлѣ, основаніе особыхъ правилъ о плодахъ въ области закладнаго права въ высшей степени ясно и очевидно. Правило, по которому въ искѣ залогопринимателя къ залогодателю рѣчь можетъ идти только о *fructus extantes*, а плоды, потребленные до *litis contestatio*, судья игнорируетъ (*nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi extant et res non sufficit*), санкціонируетъ лишь нормальное хозяйство, дѣлая возможнымъ залогодателю, несмотря на залогъ имѣнія, поступать съ доходами сообразно съ ихъ назначеніемъ, т.-е. потреблять ихъ. Сама вещь и ея капитальныя приращенія должны путемъ сохраненія ихъ хозяйственно-физической цѣлости служить

хоть могли бы быть устранены по принципамъ, найденнымъ римскимъ правомъ. Случай, гдѣ, наоборотъ, правила новыхъ законовъ о подоходной подати поучительны для пониманія римскаго права, ср. въ L. v. E. II § 6.

реальнымъ обезпеченіемъ для вѣрителя. Но плоды не предназначаются для сохраненія и право такового не требуетъ, иначе залогъ имѣнія велъ бы за собою для залогодателя невозможность продолжать нормальное хозяйство и жизнь. Плоды, которые на дѣлѣ еще не потреблены, представляютъ *fructus extantes* и выдаются залогопринимателю, поскольку они необходимы для обезпеченія его требованія ¹⁾.

§ 21. Е. Объясненіе матеріальной стороны института.

Послѣ опредѣленія важнаго хозяйственнаго значенія трехъ факторовъ, играющихъ въ нашемъ институтѣ рѣшающую роль, намъ остается только сопоставить дѣйствія всѣхъ трехъ факторовъ, чтобы достигнуть полнаго пониманія института.

¹⁾ По поводу того, что судья въ *actio hypothecaria* не присуждаетъ къ выдачѣ суммы денегъ, вырученной при *consumptio fructus*, слѣдуетъ еще принять во вниманіе, что соответственное право залогопринимателя было бы личнымъ требованіемъ и, какъ таковое, не соответствовало бы смыслу закладнаго права и *actio hypothecaria*, какъ средства реальнаго обезпеченія. Личное требованіе не обезпечивало бы главнаго долга.

Противъ вышезложенныхъ замѣчаній по поводу l. 16 § 4 Пернисъ (Pernice, *Labeo II*, 1-te Abth. 2-te Aufl. стр. 354) выставляется слѣдующія два возраженія: 1) Предназначенность плодовъ къ потребленію не имѣетъ значенія, потому что все зависитъ отъ *officium iudicis*; при этомъ Пернисъ ссылается на стр. 150 моей *Fruchtvertheilung* (стр. 74 въ настоящемъ изданіи), гдѣ я говорю, что *officio iudicis* могутъ быть реституированы и такіе объекты, на которые вещное право, лежащее въ основаніи иска, не распространяется, („*Warum scheiden dann die consumpti aus? Darüber Petrážycki, Fruchtvertheilung S. 184 f.: die Früchte seien zum Verzehren da; und ein Anspruch auf den Erlös wäre ein personlicher und dem Schuldner gegenüber wertlos. Aber das erste kann doch nichts austragen, da doch alles im officium iudicis steht (S. 150)*“). Мнѣ это возраженіе не вполне понятно. Конечно, римскіе судьи въ силу своего *officium iudicis* могли бы регулировать вопросъ иначе, но я именно указываю, что иное рѣшеніе было бы неудачнымъ. 2) Съ моимъ указаніемъ, что личное требованіе по поводу *fructus consumpti* не имѣло бы для вѣрителя обезпечивающаго значенія по отношенію къ должнику, Пернисъ выражаетъ свое согласіе, но указываетъ въ то же время, что въ l. 16 § 4 рѣчь идетъ главнымъ образомъ о третьемъ владѣльцѣ залога“, а по отношенію къ такому и личное требованіе не лишено для вѣрителя цѣнности.

Но въ l. 16 *cit.* не только рѣчь не идетъ „главнымъ образомъ“ о третьемъ владѣльцѣ залога, а вообще имѣется въ виду только отношеніе между должникомъ-залогодателемъ и вѣрителемъ (ср. выше, стр. 75 прим.).

Соотвѣтственно нашему плану, мы должны сперва отвѣтить на матеріально-правовой вопросъ: почему право оставляетъ незнающему владѣльцу *lucrum* плодовъ, если они подверглись *consumptio*? Отвѣтъ гласить: потому что иное отношеніе къ плодамъ, т.-е. хозяйственнымъ благамъ, которыя съ точки зрѣнія нормальнаго хозяйства предназначены къ свободному потребленію и издержанію, вело бы къ потрясенію и разрушенію хозяйствъ. было бы разрушительнымъ передвиженіемъ хоз. благъ точно также, какъ изъятіе *tignum iunctum* изъ зданія, т.-е. передвиженіемъ хоз. благъ, вреднымъ не съ точки зрѣнія только частныхъ интересовъ владѣльца, а съ точки зрѣнія народнаго хозяйства.

Restitutio fructus consumpti вмѣстѣ съ капитальною вещью означало бы именно, что добросовѣстный владѣлецъ неожиданно долженъ извлечь изъ своего собственнаго имущества и хозяйства извѣстную сумму денегъ.

Если бы онъ зналъ дѣйствительное положеніе вещей, если бы онъ былъ въ благопріятномъ положеніи знающаго владѣльца, то онъ бы могъ всегда быть готовымъ къ выдачѣ суммы *fructus consumpti*. Кто можетъ предвидѣть, что ему придется уплатить извѣстную сумму, тотъ сообразуетъ съ этимъ свои хозяйственные планы и поведеніе, сохраняетъ соотвѣтственную сумму въ готовности къ выдачѣ или находитъ для нея такое помѣщеніе или употребленіе, что въ случаѣ необходимости ее не трудно опять освободить. Незнающей владѣлецъ думать объ этомъ не можетъ. Онъ былъ бы плохимъ хозяиномъ, если бы оставлялъ безъ всякаго основанія сумму доходовъ безъ употребленія. Онъ издерживаетъ доходы, которые онъ считаетъ своими, на жизнь, на расширеніе своего хозяйства, на новыя предпріятія и т. д. Вдругъ оказывается, что его хозяйственные планы и система въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ содержали въ себѣ роковую ошибку, что его предпріятія, которыя онъ считалъ прочными и обеспеченными, построены на пескѣ, что въ его постройкахъ находятся чужія бревна, которыя тотчасъ должны быть извлечены.

И вотъ право предупреждаетъ это хозяйственное разрушеніе, санкціонируя настоящее состояніе имущества владѣльца; оно имѣетъ власть постановить и постановляетъ, что хозяйственная система незнающаго владѣльца, которая въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ покоилась на ошибкѣ, не подлежитъ обратной

передѣлкѣ и разрушенію ради исправленія ошибки. Опасности добросовѣстнаго владѣнія возникаютъ изъ дѣйствующаго права. Каждый можетъ безъ вины съ своей стороны очутиться въ такомъ опасномъ положеніи; *bonae fidei possessio* представляетъ *malum necessarium*, которое коренится въ несовершенствѣ правопорядка. Недостатки гражданскаго правопорядка, которые ведутъ къ ошибочнымъ хозяйственнымъ планамъ и создаютъ скрытыя опасности для хозяйствъ, должны быть по возможности обезврежены самимъ же гражданскимъ правомъ. Иначе всякое приобрѣтеніе производительной вещи, всякое хозяйство представляло бы опасное предпріятіе.

Послѣдствія добросовѣстнаго владѣнія доходною вещью тѣмъ опаснѣе, чѣмъ большую сумму дохода въ сравненіи съ собственными доходами владѣльца даетъ эта вещь, чѣмъ дольше длится добросовѣстное владѣніе и чѣмъ тѣснѣе та органическая связь, въ которую приводились доходы отъ чужой вещи съ хозяйствомъ владѣльца. Извлеченіе громадной суммы доходовъ за много лѣтъ изъ хозяйства владѣльца разрушаетъ и разоряетъ это хозяйство уже вслѣдствіе величины требующейся суммы. Но неожиданность извлеченія дѣйствуетъ болѣзненно и разрушительно и въ случаѣ сравнительно небольшой суммы *fructus percipiti*. Это дѣйствіе неожиданности и неподготовленности особенно ясно по отношенію къ промышленнымъ, торговымъ и кредитнымъ хозяйствамъ, но и въ области земледѣлія оно не лишено значенія. Во всѣхъ случаяхъ можетъ возникнуть болѣе или менѣе острый кризисъ, который можетъ отразиться и на другихъ хозяйствахъ, кромѣ хозяйства владѣльца, и который во всякомъ случаѣ не можетъ не помѣшать нормальному и правильному теченію хозяйства.

Нашъ институтъ представляетъ обезпеченіе хозяйствъ противъ неожиданныхъ потрясеній и разрушенія въ случаяхъ добросовѣстнаго владѣнія. Римское право гарантируетъ добросовѣстному владѣльцу цѣлость его собственнаго хозяйства. Дѣйствительный управомоченный можетъ запретить путативному субъекту права дальнѣйшее пользованіе, онъ можетъ прекратить его путативный узурфруктъ, отнять у него плодосную вещь и т. д. Сверхъ того онъ можетъ требовать лишь тѣ плоды, которые еще не подверглись хозяйственному употребленію, которые добросовѣстный владѣлецъ можетъ легко выдать, не разстраивая своего собственнаго хозяйства и не по-

вергаясь въ неожиданную задолженность. Для того, чтобы выдать *fructus extantes*, нѣтъ владѣльцу необходимости продавать составныя части собственнаго хозяйства и этимъ нарушать правильное функционированіе собственнаго имущества; достаточно открыть склады, гдѣ находятся наличные продукты. Выдача этихъ плодовъ именно потому, что они *extant*, столь же безвредна для хозяйства незнающаго владѣльца, какъ выдача *tigna extantia* (ср. выше стр. 133); или какъ выдача всѣхъ доходовъ для хозяйства знающаго владѣльца, именно потому, что послѣдній зналъ, что его ожидаетъ, и могъ держать наготовѣ требуемую сумму.

Замѣчательную аналогію нашего ученія мы находимъ въ институтѣ *revocatio donationis propter ingratitude*. Институтъ этотъ имѣетъ извѣстное этическое значеніе, являясь психическимъ противодѣйствіемъ для нѣкоторыхъ жестокихъ и выражающихъ крайнюю неблагодарность поступковъ со стороны облагодѣтельствованнаго по отношенію къ дарителю, выражая общественное порицаніе неблагодарности и умиротворяя чувство негодованія потерпѣвшаго; но съ чисто экономической точки зрѣнія онъ является вредною мѣрою. Онъ создаетъ искусственно столь же опасное (хотя и болѣе рѣдкое) явленіе, какъ *bonae fidei possessio*. Дареніе совершается во время хорошихъ отношеній между дарителемъ и одареннымъ. Послѣдній естественно не думаетъ о возможномъ въ будущемъ востребованіи дара обратно. Впослѣдствіи могутъ между прежними друзьями возникнуть ссоры, которыя могутъ подать поводъ къ отнятію дара; внезапное изытіе подареннаго имущества изъ хозяйства одареннаго влечетъ за собою большее или меньшее потрясеніе и разстройство хозяйства донатора. Если подаренныя вещи еще находятся *in natura* (*extant*) въ имуществѣ одареннаго, бѣда невелика. Но если онѣ были проданы и вырученная сумма была употреблена на какія-либо хозяйственныя цѣли, тогда является необходимость ликвидировать соотвѣтственную сумму денегъ, что можетъ явиться для хозяйства весьма болѣзненною или даже смертельною операціей. И вотъ римское право устраняетъ это опасное послѣдствіе института *revocatio* слѣдующимъ принципомъ:

Ceterum quae ante adhuc matre pacifica iure perfecta

sunt et ante inchoatum coeptumque iurgium vendita donata mutata in dotem data ceterisque causis legitime alienata, minime revocamus (l. 7 § 2 C. de revoc. don. 8, 55).

Это съ точки зрѣнія хозяйственной политики въ высшей степени удачное рѣшеніе. Особенно интересно остроумное установленіе различія между тѣмъ временемъ, когда даритель еще не проявлялъ гнѣва по отношенію къ одаренному (*matre pacifica*), и временемъ послѣ начала враждебныхъ отношеній. А именно, въ теченіе перваго періода одаренный съ хозяйственной точки зрѣнія находится въ такомъ же положеніи, какъ добросовѣстный владѣлецъ. Онъ еще не знаетъ, что ему грозитъ опасность отнятія подареннаго имущества. Напротивъ, со времени выраженія гнѣва со стороны дарителя онъ попадаетъ въ положеніе „*m. f. possessor*“. Онъ предупрежденъ о грозящей опасности и долженъ дѣйствовать осторожно. И вотъ римское право рѣшаетъ: объектомъ ревокаціи является лишь то, что изъ предметовъ даренія въ моментъ „*mala fides superveniens*“ (наступленія враждебныхъ отношеній) у одареннаго еще *extat*, находится *in natura*. Иначе рѣшаетъ этотъ вопросъ господствующее мнѣніе. Въ пандектныхъ учебникахъ и монографіяхъ превозглашается правило, по которому въ институтѣ *revocatio donationis* предметомъ *revocatio* является обогащеніе одареннаго¹⁾, но это мнѣніе явно противорѣчить

¹⁾ Ср. Баронъ, вып. I § 69, стр. 118; Windscheid II § 367, N. 17, 18; Dernburg II § 108 (III-te Aufl.): „Aus ihm (dem Widerruf) entspringt eine Revokationsklage gegen den Beschenkten und dessen Erben auf die Bereicherung aus der Schenkung zur Zeit der Klageerhebung“. Этотъ принципъ былъ бы крайне опаснымъ съ гражданско-политической точки зрѣнія и въ другомъ отношеніи, а именно, одаренный, зная, что онъ долженъ выдать свое обогащеніе въ моментъ начала процесса, подвергается сильному искушенію не дожидаться процесса и прокутить или раздарить раньше свое „обогащеніе“, хотя бы просто по злобѣ къ своему противнику или чтобы посмѣяться надъ нимъ. Отъ этого экономически вреднаго и этически ядовитаго мотива институтъ очищается, если на одареннаго возложена полная отвѣтственность за сохраненіе предмета даренія съ момента ссоры, подавшей поводъ къ враждѣ и *revocatio* (или ужъ по крайней мѣрѣ съ момента заявленія намѣренія востребовать даръ обратно, *revocatio*). Въ новомъ, 4-мъ изданіи Дернбургъ оставилъ прежнюю теорію и присоединился къ нашему мнѣнію („Aus ihm entspringt eine Revokationsklage gegen den Beschenkten und dessen Erben auf das zur Zeit der Widerrufserklärung noch beim Beschenkten Vorhandene, II § 108 N. 14); ср. также Баронъ въ новомъ (9-мъ) изданіи („ein persönlicher Anspruch auf Rückgabe des Geschenks soweit es

приведенному закону. Если по поводу отчужденных вещей *revocatio* не допускается, то это просто значитъ, что обязаный отвѣчаетъ только по поводу *res extantes*, а не *res consumptae*, точно также какъ добросовѣстный владѣлецъ относительно плодовъ. Странно, что въ подтвержденіе господствующей теоріи традиціонно приводится именно l. 7 cit., которая ясно и просто опровергаетъ эту теорію. Причина этого ненормальнаго явленія та же, что и причина возникновенія и успѣха теоріи, доказывающей, что всѣ мѣста источниковъ, различающія *fructus consumpti* и *extantes*, не представляютъ подлинныхъ рѣшеній классическихъ юристовъ, — отсутствіе пониманія экономическаго смысла этихъ различій и кажущаяся ихъ странность.

Аналогично нашему институту слѣдуетъ, по нашему мнѣнію, объяснить также и l. 41 § 1 D. de re iud. 42, 1 (выше стр. 119).

Здѣсь даритель, у котораго вещь остается послѣ переноса права собственности на нее ¹⁾, обсуждается по отношенію къ доходамъ такъ же, какъ добросовѣстный владѣлецъ, при чемъ рѣшающее значеніе имѣетъ различіе между *fructus extantes* и *consumpti*. Особаго вниманія заслуживаетъ слово *periclitari*, которое указываетъ на рискъ, на опасность, которой подвергся даритель, пользовавшійся вещью послѣ отчужденія права собственности на нее. Въ чемъ состояло въ конкретномъ случаѣ это *periclitari*, упустилъ ли даритель изъ виду, что одаренный можетъ его застигнуть мало приличнымъ требованіемъ плодовъ, или онъ полагалъ, что такое требованіе противъ него, какъ дарителя, не можетъ имѣть мѣста ²⁾, во всякомъ случаѣ юристъ разсматриваетъ требованіе плодовъ какъ неожиданное *periculum* для дарителя; поэтому *restitutio* ограничивается *fructus extantes*. Это рѣшеніе, пожалуй, годилось для конкретнаго случая, для котораго еще не установилось твердаго и опредѣленнаго *officium iudicis*. Какъ общее правило, оно едва ли можетъ быть одобрено въ виду того, что оно можетъ

der Beschenkte in Augenblick des Widerrufs noch hat, welcher mit einer *condictio . . .*“, § 69, N. 24).

¹⁾ Слѣдуетъ предполагать, что при законодательной редакціи въ l. 41, § 1 было зачеркнуто слово *et mancipavit* послѣ *donavit*.

²⁾ Это былъ бы *error iuris*; но въ виду рѣдкости случая въ судебной практикѣ могло еще не установиться опредѣленнаго *ius*.

оказать вредное влияние на поведение дарителя. Если такое правило известно, какъ принципъ дѣйствующаго права, то даритель можетъ позаботиться о своемъ освобожденіи отъ обязанности *fructuum restitutio* путемъ поспѣшной и хозяйственно нерациональной *consumptio*. Если онъ полагался на чувство приличія одареннаго, то ему слѣдуетъ сказать: *prospicere debuisti*. Такія рѣшенія имѣютъ рациональное гражданско-политическое основаніе только въ тѣхъ областяхъ, гдѣ (какъ, напр., при *revocatio donationis* или *bonae fidei possessio*) имѣетъ мѣсто извинительное заблужденіе, а не *error iuris* или ошибка въ не выраженныхъ обязательно намѣреніяхъ противной стороны.

Другіе важные и многочисленные случаи, гдѣ осуществленъ тотъ же экономическій постулатъ, на которомъ покоится нашъ институтъ, требуютъ подробнаго изложенія и объясненія; поэтому мы ими здѣсь не можемъ воспользоваться, какъ индуктивными подтвержденіями нашей теоріи. Мы остановимся только еще на одномъ интересномъ явленіи римскаго права, чтобы показать, что *lucrum consumptorum* и выдача *extantium* представляютъ не единственный гражданско-политическій способъ предупрежденія разрушительныхъ послѣдствій неожиданнаго изъятія извѣстныхъ экономическихъ благъ изъ чьего-либо хозяйства.

Въ положеніи, аналогичномъ добросовѣстному владѣнію, находится, по римскому праву, всякій мужъ, получившій *dos*. Положимъ, онъ знаетъ, что бракъ современемъ прекратится и что, слѣдовательно, предметы приданаго рано или поздно должны быть возвращены. Въ этомъ отношеніи его положеніе отлично отъ *bonae fidei possessio*. Тѣмъ не менѣе и въ его хозяйственный планъ входитъ элементъ непрочности и риска, потому что онъ не можетъ предвидѣть момента времени, когда наступитъ *dotis restitutio*. Возвращеніе приданаго такимъ образомъ застигаетъ его неприготовленнымъ по отношенію ко времени. Эта опасная сторона отношенія по приданому не имѣетъ важнаго значенія, поскольку дѣло идетъ о такихъ дотальныхъ вещахъ, которыя предназначены для *usus*, для сохраненія *in natura*. Возвратить эти вещи, какъ *conproga extantia*, всегда возможно безъ большого хозяйственнаго разстройства и потрясенія. Болѣе серьезная опасность существуетъ относительно тѣхъ вещей, которыя (точно также, какъ и *fruc-*

tus) обыкновенно предназначаются для *consumptio*. Это—*res fungibiles*, которые „*in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat (точнѣе было бы: consumat) et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres eius*“ (l. 42 D. de iure dot. 23, 3). Эти вещи въ моментъ возвращенія приданого не находятся у мужа въ видѣ *res extantes*. Чтобы ихъ всегда держать наготовѣ къ выдачѣ, мужъ долженъ былъ бы хранить ихъ въ сараѣ или въ кассѣ, т.-е. оставить ихъ безъ хоз. употребленія и стало бытъ не имѣть никакой пользы отъ *dos*. Ясно, что по отношенію къ этимъ вещамъ неожиданное прекращеніе брака и внезапная необходимость выдать *res non extantes* влекли бы за собою почти такія же разрушительныя послѣдствія, какъ неожиданное извлеченіе *fructus consumpti* изъ имущества добросовѣстнаго владѣльца. Существуетъ такъ сказать только количественное различіе, состоящее въ томъ, что незнающій владѣлецъ соединяетъ цѣнность *fructus consumpti* со своимъ хозяйствомъ болѣе органически, болѣе неразрѣжимо, потому что онъ предполагаетъ, что эта цѣнность всегда останется за нимъ. Мужъ застраиваетъ цѣнность *rerum fungibilium* въ свою хозяйственную машину не столь неразрѣжно. Если обратиться къ образной аналогіи нашего института, къ институту *ignum iunctum*, то добросовѣстнаго владѣльца можно сравнить съ тѣмъ, кто встраиваетъ чужое бревно въ фундаментъ своего дома, а мужа — съ тѣмъ, кто помѣщаетъ бревно въ крышу, чтобы его въ случаѣ нужды можно было извлечь, не разрушая всего дома. Во всякомъ случаѣ мужъ не можетъ такъ употреблять *consumptibilia*, чтобы ихъ можно было опять имѣть въ распоряженіи во всякое время. Сопоразно съ этимъ нѣтъ рѣчи о томъ, чтобы ему оставить *res fungibiles* навсегда, какъ *fructus consumpti* добросовѣстному владѣльцу, а только надо ему дать время, чтобы онъ могъ освободить постепенно требуемую сумму безъ внезапнаго хозяйственнаго потрясенія.

И вотъ классическое римское право постановляетъ, что мужъ долженъ возвращать *fungibilia* постепенно въ теченіе трехъ лѣтъ съ момента прекращенія брака, такъ что онъ каждый годъ уплачиваетъ лишь $\frac{1}{3}$ всей суммы:

Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur (Ulp. fr. VI, 8).

Это съ точки зрѣнія хозяйственной политики въ высшей степени удачное право было неудачно измѣнено реформой Юстиніана. А именно, § 7 а въ l. un. C. de rei ux. act. 5, 13 гласить:

Exactio autem dotis celebretur non annua bima trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus vel se momentibus vel incorporalibus: ceteris videlicet rebus quae solo continentur ilico restituendis, quod commune utriusque fuerat actionis.

На мѣсто различія между вещами, предназначенными для usus (постояннымъ капиталомъ) и, слѣдовательно, находящимися въ нормальномъ случаѣ при возвращеніи приданого у мужа въ видѣ *res extantes*, съ одной стороны, и вещами, предназначенными для *consumptio* (оборотнымъ капиталомъ), по закону Юстиніана вступаетъ различіе между движимостью и недвижимостью. Въ этомъ мы видимъ результатъ непониманія экономическаго значенія принципа классическаго права и существенную порчу этого права подъ видомъ его упрощенія. вмѣсто подробнаго доказательства неудачности этой реформы достаточно представить себѣ хозяйственное положеніе жены, которой мужъ, сообразно съ дѣйствующимъ правомъ, возвратилъ имѣніе, удержавъ пока необходимый инвентарь какъ *res mobiles* и *sese moventes*, и положеніе мужа, который можетъ по праву причинять вредъ и непріятности женѣ, не выдавалъ ей цѣлый годъ необходимаго для хозяйства инвентаря, но зато всю сумму денегъ или прочихъ *res fungibiles* долженъ возвратитъ сразу въ теченіе года, хотя бы для этого пришлось ему ликвидировать собственное хозяйство ¹⁾.

¹⁾ Противъ моей критики закона Юстиніана полемизируетъ Leonhard въ *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, B. 14, rom. Abth. стр. 280. Мое объясненіе смысла положенія классическаго права о *annua, bima, trima dies* онъ считаетъ удачнымъ, но тѣмъ не менѣе въ реформѣ Юстиніана онъ видитъ улучшеніе въ смыслѣ болѣе гуманнаго и мягкосердечнаго отношенія къ вдовцу-мужу. Юстиніанъ „дастъ вдовцу годъ для новаго хозяйственнаго устройства, оставляя на время въ его пользованіи движимости“. Поэтому „если императоръ поступилъ неправильно, мѣшая жестокосердымъ тестямъ отнимать надъ гробомъ дочерей движимое содержимое жилищъ у своихъ зятей“, то авторъ предпочитаетъ ошибаться вмѣстѣ съ нимъ, чѣмъ защищать вмѣстѣ со мною жестокосердое классическое право.

Гуманное направленіе высказаннаго Леонардомъ по моему адресу порицанія весьма симпатично. Но съ точки зрѣнія гражданской политики

Возвращаясь къ нашему институту, мы должны остановиться еще на значеніи *fructus extantes* для собственника. Мы уже указали выше, что возвращеніе этихъ плодовъ столь же не опасно для цѣлости собственнаго хозяйства владѣльца, какъ и возвращеніе еще не застроенныхъ въ зданіе бревенъ (*tigna*

едва ли замѣчанія почтеннаго критика могутъ претендовать на научность и обоснованность. Въ нихъ повторяется методологическая ошибка, типичная для современной практической юриспруденціи и состоящая въ томъ, что положенія гражданского права объясняются и оправдываются съ точки зрѣнія интересовъ одной изъ гражданскихъ сторонъ, при чемъ окончательный взглядъ изслѣдователя зависитъ такъ-сказать отъ случая, а именно отъ того, на интересы которой изъ сторонъ онъ обратитъ свое вниманіе (ср. *Lehre v. Einkommen II*, стр. 504 и сл.). Отъ разсужденій Иеринга и большинства его послѣдователей замѣчанія Леонарда отличаются тѣмъ, что Иерингъ обыкновенно становится на сторону сильнаго и нападающаго противъ слабого, обязаннаго и т. д., между тѣмъ какъ Леонардъ проявляетъ здѣсь обратное направленіе. Но въ обоихъ случаяхъ отправная точка есть точка зрѣнія частныхъ интересовъ (частно-хозяйственная) въ отличіе отъ цивильно-политической — народно-хозяйственной точки зрѣнія, и результаты такого обсужденія всегда получаютъ случайный, научно не обоснованный характеръ. Въ аргументаціи, которую Леонардъ приводитъ въ пользу закона Юстиніана, этотъ недостатокъ выступаетъ особенно наглядно и рельефно. Авторъ исходитъ изъ интересовъ мужа и оправдываетъ законъ, благопріятный для этихъ интересовъ. Но если стать на точку зрѣнія интересовъ жены, то придется придти какъ разъ къ противоположному выводу. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь и жена въ случаѣ смерти мужа или развода нуждается въ новомъ хозяйственномъ устройствѣ, въ частности въ квартирной обстановкѣ. Леонардъ выражаетъ свое негодованіе по поводу классическаго права, которое позволяетъ жестокосердому тестю отнять „надъ гробомъ жены“ домашнюю обстановку у мужа, а мы можемъ негодовать по поводу закона Юстиніана, позволяющаго жестокосердымъ наслѣдникамъ мужа надъ его гробомъ изгнать жену изъ квартиры, не позволяя ей даже взять съ собою кровати и прочихъ необходимыхъ вещей, которыя она принесла съ собою въ видѣ приданаго въ домъ мужа. Почему этотъ аргументъ долженъ уступить аргументаціи Леонарда и какъ теперь рѣшить вопросъ? Лучшій исходъ при такого рода аргументаціи бросить жребій, потому что здѣсь ужъ по крайней мѣрѣ рѣшить судьба, а не случайная и произвольная точка зрѣнія одного изъ спорящихъ. Громадное большинство практическихъ объясненій разныхъ нормъ римскаго права, которыя разсѣяны въ практическо-догматическихъ изслѣдованіяхъ Иеринга и его школы, именно отличаются такимъ характеромъ. Ихъ несостоятельность сразу обнаруживается, чуть примѣнить правило: *audiatur et altera pars*. Если же примѣнить это правило, то мы бы оказались часто въ положеніи осла Буридана, потому что хочется пошевелить одной изъ сторонъ, но не хочется обидѣть и другой. Научное рѣшеніе гражданско-политическихъ вопросовъ можетъ получиться только тогда, если мы станемъ на точку зрѣнія общей суммы блага и зна-

extantia) или еще не употребленных на поддержание виноградных лозъ кольевъ; здѣсь нѣтъ опасенія, не aedificia diruantur aut cultura vinearum turbetur. Это опасеніе относится только къ tigna „consumpta“, къ fr. consumpti. Этого достаточно для оправданія принциповъ нашего инсти-

ченія для этой суммы (а не для интересовъ той или другой стороны) такого или иного рѣшенія. Въ частности, мы еще не возвысились до гражданско-политической точки зрѣнія, если нашли, что известное рѣшеніе отнимаетъ отъ хозяйства лица А. благо а или даетъ благо а лицу В. Лишь рѣшеніе задачи: $(A - a) + (B + a) = x$ для народнаго хозяйства—есть гражданско-политическое рѣшеніе.

Съ этой точки зрѣнія замѣчанія Леонарда ничего не говорятъ въ пользу закона Юстиніана и противъ классическаго права, потому что они вообще не затрогиваютъ народно-хозяйственнаго значенія вопроса.

Съ экономической точки зрѣнія распредѣленіе объектовъ приданаго въ теченіе года послѣ прекращенія брака, смотря по тому, относятся ли они къ движимостямъ или недвижимостямъ, должно быть признано, несмотря на замѣчанія Леонарда, весьма неудачнымъ. Тѣ категоріи дотальныхъ движимостей, которыя составляютъ вмѣстѣ съ дотальнымъ участкомъ одинъ хозяйственный комплексъ (напр., рабочій скотъ, орудія обработки земли etc.) никоимъ образомъ не могутъ быть безъ экономическаго вреда распредѣлены на время между различными субъектами. Очевидно, что годнымъ дестинатаромъ для этихъ res mobiles и sese moventes является тотъ же субъектъ, которому достается недвижимость. Юстиніанъ же разрушаетъ на время хозяйственный организмъ (имѣніе вмѣстѣ со всѣмъ, что необходимо для хозяйства въ немъ), распредѣляя на время его органы между различными субъектами. Такое экономически неудачное распредѣленіе вредно и съ этической точки зрѣнія, потому что пользованіе предоставленнымъ по закону Юстиніана правомъ, т.-е. удержаніе ненужнаго или во всякомъ случаѣ мало полезнаго (послѣ возвращенія имѣнія) инвентаря и нанесеніе этимъ непропорціональнаго вреда другой сторонѣ представляетъ безнравственный поступокъ. Безнравственнымъ является и другого рода поведеніе, которое дѣлается возможнымъ и поощряется закономъ Юстиніана, а именно вымогательство несоразмѣрнаго вознагражденія за неиспользованіе правомъ вернуть имѣніе въ голомъ видѣ—безъ движимостей, необходимыхъ для хозяйства.

Что же касается тѣхъ дотальныхъ движимостей, которыя предназначены для личнаго употребленія, то и здѣсь болѣе годнымъ дестинатаромъ является не мужъ, а жена. Прежде всего, такъ какъ эти движимости принадлежали до заключенія брака женѣ или во всякомъ случаѣ появились въ домѣ мужа съ женою, то обыкновенно это—вещи женскія, приспособленныя къ потребностямъ женщины. Подчасъ онѣ будутъ имѣть большое субъективное значеніе для жены вслѣдствіе особой привязанности ея къ нимъ (рабыни въ Римѣ, няни, подруги, вещи, облюбованныя съ дѣтства и т. д.). И здѣсь Юстиніанъ дѣлаетъ возможнымъ для мужа или его наслѣдниковъ (въ случаѣ прекращенія брака смертью мужа) поступить злостно и

тута. Но для полной оцѣнки гражданско-политической рациональности и полезности правил римскаго права мы должны обратить вниманіе еще на слѣдующее съ точки зрѣнія сельскаго хозяйства весьма важное обстоятельство:

Fructus extantes представляютъ естественные сельско-хо-

безъ пользы для себя причинить вредъ другой сторонѣ или потребовать отступнаго за непользование правомъ.

Леонардъ говоритъ о необходимости для мужа „новаго хозяйственнаго устройства“. Мы уже замѣтили выше, что та же необходимость существуетъ и для жены. Здѣсь стоитъ одинъ частный интересъ противъ другого и этимъ путемъ къ опредѣленному гражданско-политическому результату мы придемъ лишь въ томъ случаѣ, если по обыкновенію современной юриспруденціи будемъ обсуждать и объяснять право съ точки зрѣнія одной изъ гражданскихъ сторонъ, не замѣчая интересовъ противной стороны и народнаго хозяйства. А между тѣмъ и съ точки зрѣнія „необходимости новаго хозяйственнаго обзаведенія“ не трудно констатировать, что для движимостей въ теченіе перваго года по прекращеніи брака экономически правильнымъ дестинатаромъ является не мужъ, а жена. Въ самомъ дѣлѣ, предположимъ, что послѣ развода или иного прекращенія брака стороны сообразно съ „необходимостью новаго устройства“ достигли такового, при чемъ жена по необходимости обошлась безъ тѣхъ *res mobiles*, полученіе которыхъ Юстиніанъ откладываетъ на одинъ годъ, а противная сторона воспользовалась этими вещами. Очевидно, что по истеченіи года въ такомъ случаѣ должно наступить разрушеніе и переустройство этого „новаго устройства“. Часть затратъ, труда, времени и приспособленія пропадаетъ даромъ. Съ точки зрѣнія необходимости новаго обзаведенія и устройства годнымъ дестинатаромъ для *res mobiles* въ теченіе года послѣ прекращенія брака является тотъ, кому онѣ достанутся окончателно, ибо только у него эти вещи могутъ быть положены въ основаніе новаго окончательнаго, а не излишняго (создаваемого Юстиніаномъ) временнаго устройства, предназначеннаго къ разрушенію и передѣлкѣ. У этого субъекта (т.-е. жены или ея наслѣдниковъ) эти вещи будутъ также экономичѣе употребляться и бережливѣе сохраняться, нежели у противной стороны, которая не заинтересована хозяйственно въ такомъ обращеніи съ вещами чужими, временно у ней находящимися.

Мы посвятили столько мѣста полемикѣ Леонарда потому, что она представляетъ въ высшей степени характерное явленіе съ точки зрѣнія современныхъ методологическихъ привычекъ. Изъ нѣмецкихъ юристовъ нѣкоторые отнеслись къ защищаемому нами принципу народно-хозяйственнаго правильнаго распредѣленія (правильнаго дестинатара) абсолютно отрицательно, видя во второй части „*Fruchtvertheilung*“ „какую-то смѣсь политической экономіи съ римскимъ правомъ“ (каковыя мнѣнія, впрочемъ, не выразились въ печати); другіе обнаружили недоуловіе къ нашей теоріи или непониманіе ея; третьи, не оспаривая ея или прямо признавая ея правильность, отнесли къ ней съ малымъ сравнительно вниманіемъ, считая самымъ выдающимся и интереснымъ результатомъ „*Fruchtvertheilung*“ объ-

зяйственные продукты. Эти продукты каждый хозяинъ раздѣляетъ на двѣ группы. Одна часть предназначена для сбыта и не подлежитъ сохраненію въ натурѣ. Другую часть образуютъ тѣ продукты, которые необходимы для дальнѣйшаго хозяйства. Сюда, напр., относятся навозъ, солома, сѣно, овесъ для скота, зерно для посѣвовъ, хлѣбъ, предназначенный для прокормленія рабочаго персонала до слѣдующей жатвы, дрова, предназначенныя для кухней и отопленія жилыхъ помѣщеній, строевой лѣсъ, заготовленный для постройки или ремонта хозяйственныхъ построекъ и т. д. Эти плоды не подвергаются немедленной продажѣ, а сохраняются для необходимыхъ потребностей хозяйства. И вотъ, если дѣйствительный собственникъ имѣнія неожиданно поставитъ владѣльца въ положеніе *mala fides* и пожелаетъ констатировать количество *fructus extantes*, то въ обыкновенномъ, среднемъ случаѣ, который именно должно принимать во вниманіе право¹⁾, онъ найдетъ свое имѣніе въ нормальномъ хозяйственномъ состояніи, т.-е. онъ найдетъ тамъ именно тѣ *fructus* въ видѣ *fr. extantes*, которые необходимы для дальнѣйшаго хозяйства. И вотъ эти плоды представляютъ для владѣльца, который дальше не будетъ хозяйничать въ имѣніи, гораздо меньшую цѣнность, нежели для собственника, къ которому переходитъ хозяйство. Нѣкоторые продукты лишаются для владѣльца

ясненіе фрагмента Папиніана l. 7 § 1 s. m. въ первой части сочиненія. Во всякомъ случаѣ никто такъ сочувственно, можно сказать съ такимъ энтузіазмомъ не отнесся къ настоящему изслѣдованію, какъ Леонардъ, который ставитъ его выше первой части „Fruchtvertheilung“ (Изслѣдованія о дотальныхъ плодахъ), называетъ его „ein Muster der juristischen Methode“, и считаетъ „обязанностью всякаго научно-мыслящаго юриста прочесть его“ (стр. 278. 279). А между тѣмъ и онъ въ приведенной полемикѣ обнаруживаетъ полную непривычку примѣнять имъ же одобренный способъ обужденія права и впадаетъ въ обыденныя методологическія ошибки, исходя изъ поверхностной точки зрѣнія частныхъ интересовъ. То же обнаруживается въ позднѣйшемъ его трудѣ, учебникѣ институцій, гдѣ онъ хотя и примѣняетъ принципъ правильнаго destinatара для объясненія римскаго права (напр., стр. 264 и сл., 268, 261 сл.), но далеко не всегда съ достаточною послѣдовательностью и умѣніемъ отличаетъ народно-хозяйственную точку зрѣнія отъ точки зрѣнія частныхъ интересовъ.

¹⁾ *Iura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his, quae ἐπι τὸ πλείστον accidunt, non quae ἐκ παραλόγου* (l. 3 D. de leg. 1, 3) . . . *nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt* (l. 5 eod.).

почти всякой цѣнности; для чего ему навозъ, солома или иные продукты, вообще имѣющіе значеніе почти только въ связи съ даннымъ хозяйствомъ или такъ обработанные, что они приспособлены исключительно для нуждъ данного имѣнія, — если онъ впредь не будетъ хозяиномъ имѣнія? Напротивъ, эти продукты имѣютъ высокую цѣнность для собственника, потому что безъ нихъ невозможно хозяйство. Другіе продукты владѣлецъ, положимъ, можетъ продать, но и они необходимы для собственника; для него они представляютъ гораздо большую цѣнность, нежели продажная цѣна. Для собственника они представляютъ даже большую цѣнность, нежели покупная цѣна; трудности и хлопоты пріобрѣтенія, издержки транспорта, неотложная необходимость ихъ для хозяйства должны быть приняты тоже во вниманіе.

Изъ сказаннаго видно еще одно основаніе, почему *fructus extantes* въ нормальномъ случаѣ могутъ быть взяты у владѣльца безъ разстройства его собственнаго хозяйства. Если онъ имѣетъ свое собственное предпріятіе, напр., другое собственное имѣніе, заводъ, домъ въ городѣ, гостинницу, торговое заведеніе или т. п., то его собственное хозяйство не потерпитъ вреда отъ отнятія *fructus extantes*, потому что эти сельско-хозяйственныя произведенія фигурировали лишь въ той части его хозяйственнаго плана, которая относилась къ чужому имѣнію. Но эта часть его прежняго хозяйства теперь его больше не интересуетъ. Напротивъ, непредоставленіе *fructus extantes* новому хозяину, собственнику, повлекло бы за собою необходимо зловредныя послѣдствія и затрудненія для дальнѣйшаго сельско-хозяйственнаго производства въ имѣніи. Хозяйство въ имѣніи въ среднемъ случаѣ страдало бы въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ отъ послѣдствій разстройства, которое возникло отъ того, что имѣніе было передано такъ сказать въ голомъ видѣ, безъ необходимѣйшихъ средствъ всякаго нормальнаго хозяйства. Римское право содѣйствуетъ въ соответственной области успѣху сельско-хозяйственнаго производства, соединяя съ *rei vindicatio* возвращеніе *fructus extantes*. Въ среднемъ случаѣ *fructus extantes* находятся въ тѣсной органической связи со всѣмъ хозяйствомъ, представляя необходимый естественный оборотный капиталъ послѣдняго.

Оставляя *fructus consumpti* владѣльцу и предоставляя *fructus extantes* собственнику, римское право распредѣляетъ плоды

между этими двумя субъектами такъ, что какъ fr. extantes, такъ и consumpti достаются ихъ экономически правильнымъ destinatарамъ, и что предупреждается разрушеніе и разстройство въ обоихъ хозяйствахъ.

Аналогичный примѣръ такого двусторонне удачнаго распредѣленія хозяйственныхъ благъ мы находимъ въ титулѣ Дигестовъ о hereditatis petitio.

Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, ut puta mancipia pecoraque et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata. et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio veniunt: si vero non pecunia hereditaria, videndum erit: et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restituro herede (l. 20 pr. D. de her. pet. 5, 3).

При возвращеніи наслѣдства дѣйствительному наслѣднику владѣлецъ обязанъ выдать не только то, что онъ имѣетъ изъ наслѣдства, но также и то, что для новаго хозяина наслѣдства необходимо, хотя possessor hereditatis приобрѣлъ соответственные предметы на собственные средства. При hereditatis petitio, слѣдовательно, владѣлецъ выдаетъ, напр., не только тѣ сельско-хозяйственные произведенія, которыя онъ извлекъ изъ наслѣдственныхъ участковъ, но также и тѣ, которыя онъ вслѣдствіе неурожая или по другимъ причинамъ долженъ былъ для нуждъ хозяйства купить. Конечно, pretium ему возвращается.

Та же точка зрѣнія, та же хозяйственная magna utilitas имѣетъ рѣшающее значеніе при обсужденіи тѣхъ вещей, которыя приобрѣтены владѣльцемъ на средства наслѣдства:

Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt in hereditatis petitionem veniunt. denique scribit Julianus libro sexto digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi: ut si sui causa emit, pretium venire (eod. § 1).

И здѣсь обращается вниманіе на то, для котораго изъ двухъ хозяйствъ вещь необходима. Если она была куплена для хозяйства владѣльца, то она остается за нимъ, если — для нуждъ hereditatis, то она должна быть выдана вмѣстѣ съ наслѣдствомъ. Такъ по возможности безболѣзненно производится операція раздѣленія двухъ хозяйственныхъ организмовъ,

дабы каждое изъ двухъ хозяйствъ послѣ отдѣленія могло далѣе успѣшно функціонировать. Оба хозяйства имѣютъ свои органы, которые должны быть оставлены за ними.

Нашъ институтъ точно такъ же раздѣляетъ два хозяйства, не разрушая ни того, ни другого. Если мы себѣ представимъ написанный хозяйственный планъ незнающаго владѣльца, то онъ распадается на нѣсколько отдѣленій. Одно изъ отдѣленій относится исключительно къ имѣнію, на которое владѣлецъ ошибочно приписываетъ себѣ право собственности, узурфруктъ или т. п. Въ этомъ отдѣленіи значитъ: для посѣвовъ въ имѣніи А. припасены такія-то количества такихъ-то родовъ зерна, для прокормленія скота—такія-то количества такихъ-то продуктовъ и т. д. И вотъ это отдѣленіе хозяйственного плана, которому соответствуетъ фактическое состояніе имѣнія съ *fructus extantes*, какъ бы вырѣзывается и передается для дальнѣйшаго исполненія дѣйствительному управомоченному. Прочія же части хозяйственного плана и хозяйства оставляются за владѣльцемъ, причемъ здѣсь предупреждается разстройство производства тѣмъ, что не допускается потрясеніе или разрушеніе хозяйства ради извлеченія органически съ нимъ соединенной (или во всякомъ случаѣ не могущей быть изъ него извлеченной безъ болѣзненныхъ послѣдствій) суммы *fructus consumpti* ¹⁾.

¹⁾ Предыдущее изложеніе содержитъ, какъ намъ кажется, научное и ясное опредѣленіе того „публичнаго интереса“, о которомъ говоритъ Папиніанъ въ l. 41 pr. D. de usuc. 41,3 въ общихъ выраженіяхъ и едва ли съ полнымъ и яснымъ сознаніемъ основанія и содержанія того *publice interfuit*, на наличность котораго ему указала его интуиція.

Propter adsiduam et cottidianam comparationem servorum ita constitui publice interfuit, nam frequenter ignorantia liberos emimus.

Римское право не вездѣ проводитъ тѣ замѣчательные принципы и способы страхованія противъ опасности добросовѣстнаго пользованія чужими доходами, которые воплощены въ нашемъ институтѣ. Одинъ изъ случаевъ такой „непослѣдовательности“ упоминаетъ Папиніанъ въ той же l. 44 pr. D. de usuc. 41,3, а именно, онъ не признаетъ распространенія правилъ о *bonae fidei possessio* (путативномъ вещномъ правѣ) на путативную *adrogatio* и *adoptio*. Для оправданія этой непослѣдовательности онъ именно и указываетъ на то, что путативное право собственности представляетъ весьма распространенное явленіе, такъ что здѣсь имѣется на лицо важный „публичный интересъ“, между тѣмъ какъ „*non tam facilis frequens adoptio vel adrogatio filiorum est*“. Отступленіе отъ общихъ принциповъ права, имѣющихъ существенное общественное значеніе, должно имѣть въ свою очередь

Добавленіе. Отношеніе критики къ изложенной теоріи. Между тѣмъ какъ догматическая часть настоящаго изслѣдованія встрѣтила вообще со стороны критики полное признаніе и не вызвала почти никакихъ возраженій, по поводу изложеннаго объясненія экономической функціи института голоса критиковъ раздѣлились ¹⁾).

достаточное основаніе, должно быть оправдано важнымъ общественнымъ интересомъ, требующимъ такого *ius singulare*.

¹⁾ Какъ и по вопросу объ интерполяціи, причемъ противниками моей теоріи явились именно тѣ романисты, которые выступили съ защитой теоріи интерполяціи (Pernice и Oertmann); при этомъ ихъ полемика противъ моего объясненія института тѣсно связана съ ихъ полемикой противъ моей критики теоріи Чиляржа. Такъ, Перниса интересуютъ не столько мои экономическія разсужденія сами по себѣ, сколько вопросъ объ интерполяціи спорныхъ фрагментовъ, и его возраженія противъ моей экономической теоріи играютъ роль добавочнаго аргумента противъ моей критики теоріи интерполяціи. Точно также Oertmann считаетъ въ моемъ изслѣдованіи о приобрѣтеніи плодовъ „особенно интересными“ замѣчанія по поводу теоріи Чиляржа: „Ибо здѣсь“, восклицаетъ онъ на стр. 581, „Петражицкому приходится свести счеты съ новою теоріей, являющейся теперь господствующею и, насколько намъ извѣстно, не подвергшеюся еще никогда подробному спору!“ Признавая, что моя аргументація въ этой области, какъ и въ другихъ „соотвѣтствуетъ высотѣ изслѣдуемой проблемы“ (которую почтенный критикъ, очевидно, ставитъ сравнительно съ прочими вопросами, затронутыми моимъ изслѣдованіемъ, весьма высоко. „Wie immer, bewegt sich der Verfasser auch hier durchaus auf der Höhe des behandelten Problems; seine Argumentation ist...“), Oertmann находитъ, что мои разсужденія, несмотря на свои логическія качества, не въ состояніи опровергнуть исторической теоріи Чиляржа, и послѣ оживленной полемики въ пользу Чиляржа указываетъ, что мои неправильные историческіе взгляды на институтъ ведутъ и къ неправильному объясненію института съ экономической точки зрѣнія. Естественно и опроверженіе моей экономической теоріи ему представляется важнымъ аргументомъ въ пользу исторической теоріи Чиляржа.

Дѣйствительно, слѣдуетъ признать, что принятіе моей экономической теоріи фактически устраняетъ въ значительной мѣрѣ почву для вѣры въ теорію (точнѣе гипотезу) интерполяціи. Ибо естественною почвою для этой гипотезы является, какъ это замѣчаетъ и Чиляржъ, отсутствіе рациональнаго объясненія странностей нашего института.

Но мы не можемъ признать обратной зависимости нашей теоріи отъ правильности или неправильности гипотезы интерполяціи. Если защитники интерполяціи правы, то наша теорія отъ этого ничуть не измѣняется. Измѣнится развѣ адресатъ комплимента, который можно высказать, исходя изъ нашей теоріи, а именно на основаніи ея придется тогда похвалить виновниковъ интерполяціи, а не приписывать всей чести развитія нашего института классическимъ юристамъ. Мало того, наша теорія въ случаѣ ея гражданско-политической правильности не лишается своего значенія даже

Въ пользу его особенно рѣшительно высказался Леонардъ I. с. стр. 279 и 281 и въ своемъ учебникѣ институцій (§ 77); ср. также Дернбургъ (I § 205 въ 4-омъ и 5-омъ изд.), Hellmann (въ *Krit. Vierteljahrsschrift* N. F. XVII. стр. 88 и сл., стр. 96 ¹⁾). Оспариваютъ мою теорію Oertmann (въ *Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. R.* XX стр. 582 и сл.) и Pernice (Labeo II, 1-te Abth. 2-te Aufl. стр. 363 и прим. на стр. 363 и 364). Впрочемъ, полемика Перниса относится

тогда, еслибы оказалось, что римское право вообще не знаетъ различія между *fructus extantes* и *consumpti* или что оно само не существовало, что римское право, какъ таковое, есть плодъ идюзій, а не явленіе исторической дѣйствительности. Какъ школа естественнаго права не смущалась, что ея постулаты не всегда совпадали съ позитивнымъ правомъ, такъ и гражданско-политическія теоріи, какъ таковыя, независимы отъ историческаго позитивнаго права.

¹⁾ Hellmann (стр. 89) упрекаетъ меня лишь въ томъ, что я не коснулся вопроса о регрессѣ добросовѣстнаго владѣльца противъ его аuctor, между тѣмъ какъ этотъ регрессъ въ случаѣ признанія обязанности владѣльца возвращать и *fr. consumpti* обнималъ бы также этотъ убытокъ владѣльца и смягчалъ бы вредное значеніе отнятія суммы потребленныхъ плодовъ. Впрочемъ, этотъ упрекъ почтеннаго критика имѣетъ значеніе скорѣе повода для дополненія моей теоріи, нежели основанія для сомнѣнія въ ея правильности (ср. стр. 96 eod.). „Конечно, замѣчаетъ онъ, можно было бы, пожалуй, возразить, что эвикціонный регрессъ при несостоятельности аuctor'a и продолжительности процесса часто не въ состояніи былъ бы задержать разстройства („die Deroute“) хозяйства владѣльца и что поэтому указанная выше экономическая необходимость, какъ общее правило, остается въ силѣ. Тѣмъ не менѣе автору слѣдовало высказаться по этому поводу“.

Такъ какъ почтенный критикъ этимъ замѣчаніемъ самъ пополнилъ пропускъ, въ которомъ онъ меня упрекаетъ, то мнѣ остается развѣ добавить, что регрессы не только фактически часто бываютъ безуспѣшны и даже вредны, но и юридически не всегда возможны (напр., если владѣніе приобрѣтено вслѣдствіе *donatio, dos, legatum, occupatio*). Къ тому же внезапное извлеченіе суммы *fructus consumpti* и прощедшее вслѣдствіе этого нарушеніе нормальнаго теченія хозяйства оставляютъ вредныя народно-хозяйственныя послѣдствія, хотя бы потомъ въ кассу владѣльца поступила уплаченная имъ сумма *fr. consumpti* (въ случаѣ юр. возможности и фактической успѣшности регресса). Для наглядности это явленіе можно сравнить съ извлеченіемъ *ignum iunctum* изъ постройки съ тѣмъ, чтобы собственнику постройки потомъ было доставлено на мѣсто отнятаго другое такое же *ignum*.

Въ смыслѣ согласія съ моей теоріей слѣдуетъ, повидимому, понимать и общія сочувственныя замѣчанія о „*Fruchtvertheilung*“ O. Fischer'a въ *Deutsche Literaturzeitung*, XV Jahrg. № 13, стр. 82, 83 и L. Goldschmidt'a въ *Arch. f. bürgerl. R.* VII, стр. 393, 394.

только ко второй, такъ сказать добавочной части моей теоріи—къ объясненію значенія *fructus extantes* для собственника. Наоборотъ, Oertmann не споритъ противъ этой части теоріи (и даже, повидимому, считаетъ ее достаточнымъ объясненіемъ римскаго правила о *fructus extantes*, стр. 585), а нападаетъ на основную и существенную ея часть — на мои разсужденія о *fructus consumpti*.

Главное возраженіе Эртмана состоитъ въ томъ, что моя теорія содержитъ въ себѣ смѣшеніе народно- и частнохозяйственной точки зрѣнія: „Не народное имущество, какъ цѣлое, уменьшаются, если заставить владѣльца выдавать плоды, а только его частное имущество, между тѣмъ какъ, съ другой стороны, собственникъ получаетъ этимъ путемъ равную прибыль“ (стр. 583). Это возраженіе весьма существенно и разрушаетъ въ случаѣ своей правильности мою теорію въ корнѣ. Если дѣйствительно правда, что извлеченіе суммы *fructus consumpti* изъ имущества владѣльца и передача ея собственнику означаетъ отнятіе отъ одного частнаго имущества и прибавленіе къ другому имуществу равно цѣннаго блага, такъ что народное хозяйство и богатство отъ этого не измѣняются ($+ a - a = 0$), то моя теорія страдаетъ тѣмъ же недостаткомъ, въ которомъ я обвиняю обыденныя практическія разсужденія современной практическо-догматической школы, а именно, является частно-хозяйственнымъ разсужденіемъ, обсужденіемъ права съ точки зрѣнія частныхъ интересовъ одной изъ сторонъ. Только ея внѣшній видъ былъ бы экономическій, что ставило бы ее еще ниже обыденныхъ практическихъ разсужденій, которыя не маскируютъ своего существа и не претендуютъ на различеніе частно- и народнохозяйственной точки зрѣнія, довольствуясь тѣмъ, что говорятъ о реальныхъ и практическихъ интересахъ той или другой гражданской стороны.

Отрицаю самое основаніе и существо моей теоріи и видя въ отнятіи *fructus consumpti* у владѣльца и передачѣ ихъ собственнику явленіе, безразличное для народнаго хозяйства и только неудобное съ точки зрѣнія интересовъ владѣльца, Эртманъ, конечно, безъ труда опровергаетъ далѣе мою теорію слѣдующимъ соображеніемъ: „Такая нѣжная забота о должникѣ, которая для избѣжанія разстройства его хозяйственнаго плана освобождаетъ его отъ долговъ, противорѣчитъ римскому

праву, мало того, мы утверждаемъ, всякому правопорядку — къ какимъ послѣдствіямъ повело бы принятіе во вниманіе такихъ субъективныхъ точекъ зрѣнія?“

И здѣсь, какъ и въ первомъ возраженіи, критикъ бьетъ меня моимъ же собственнымъ оружіемъ, перефразируя мое же собственное возраженіе противъ частно-хозяйственной точки зрѣнія на институтъ (*Fruchtvertheilung*, стр. 173, 174, ср. выше стр. 132).

Далѣе, почтенный критикъ указываетъ, что достаточной мѣрой для предотвращенія разстройства хозяйства владѣльца было бы предоставленіе ему срока для возвращенія суммы *fructus consumpti*: „Въ крайнемъ случаѣ право могло бы, по примѣру извѣстнаго положенія дотального права, счесть нужнымъ предоставить владѣльцу для возвращенія плодовъ болѣе или менѣе продолжительный срокъ для того, чтобы предупредить нарушеніе правильнаго теченія хозяйства (*zur Vermeidung von störenden Eingriffen in den Wirthschaftsbetrieb*); полное освобожденіе отъ возвращенія было бы мѣрою, идущею далѣе цѣли“.

Наконецъ, нашъ противникъ находитъ, что наша теорія не объясняетъ, почему римское право предоставляетъ владѣльцу право собственности на плоды, между тѣмъ какъ оно могло бы его просто освободить отъ отвѣтственности за доходы по *vindicatio* или *condictio* собственника, если ужъ по какимъ бы то ни было причинамъ его надо было освободить отъ *restitutio fructuum*.

Послѣднее возраженіе относится къ слѣдующему §-у, об-суждающему формально-юридическую сторону института; поэтому разсмотрѣніе его мы пока откладываемъ и ограничимся здѣсь первыми тремя возраженіями.

Но и по поводу этихъ возраженій намъ долго говорить не приходится, потому что какъ самыя идеи, которыми Эртманъ пользуется для полемики противъ моей теоріи, такъ и опредѣленіе значенія этихъ идей находятся уже въ предыдущемъ изложеніи (и въ *Fruchtvertheilung*) и намъ достаточно было бы сослаться на соответственные страницы нашего изслѣдованія.

Въ частности, что касается перваго и самаго существеннаго возраженія, а именно, что, передавая сумму *fructus consumpti* собственнику, право дало бы послѣднему такую же

выгоду, какой оно лишило бы владѣльца, то все наше изложение было направлено на доказательство противнаго и наш критикъ долженъ былъ бы доказать ошибочность нашей системы доказательствъ или представить свои особые контраргументы для того, чтобы выставить свое противорѣчащее нашему утверженію. Иначе мы, не имѣя новаго матеріала для полемики и считая предыдущее изложение исчерпывающимъ, можемъ только сослаться на изложенное выше ¹⁾. Впрочемъ, полемика противъ перваго возраженія отчасти излишня уже потому, что критикъ самъ же дальше отъ него (самъ того не замѣчая) отрекается, говоря о дотальныхъ срокахъ и о томъ, что для предупрежденія разстройства въ хозяйствѣ владѣльца достаточно было бы дать болѣе или менѣе продолжительный срокъ для уплаты суммы *fructus consumpti*. Отсюда видно, что Oertmann все-таки признаетъ вредное зна-

¹⁾ Источникъ оппозиціи по этому вопросу заключается, повидимому, въ извѣстномъ рецензенту традиціонномъ положеніи, повторяющемся въ учебникахъ политической экономіи по поводу вопросовъ о различіи имущества, богатства, капитала, дохода etc. съ точки зрѣнія экономической (народно-хозяйственной) и частно-хозяйственной и состоящемъ въ томъ, что съ точки зрѣнія народнаго богатства, дохода etc. увеличеніе на извѣстную сумму одного частнаго хозяйства безразлично, если тотъ же предметъ eo ipso отнимается у другого частнаго хозяйства.

Oertmann представляетъ рѣдкое исключеніе среди романистовъ въ томъ отношеніи, что онъ знакомъ съ политической экономіей и даже примѣнилъ свои экономическія свѣдѣнія къ изслѣдованію *Corpus iuris* въ сочиненіи *Volkswirtschaftslehre des Corpus Iuris* (впрочемъ въ иномъ направленіи, нежели то, которое проводится въ *Fruchtvertheilung*, и *Lehre v. Einkommen*). Поэтому отъ его рецензіи можно было бы ожидать особенно много именно съ точки зрѣнія экономической. Къ сожалѣнію и онъ не въ состояніи свободно и критически пользоваться экономической точкою зрѣнія, а ограничивается только поверхностнымъ и механическимъ заимствованиемъ экономическихъ терминовъ, общихъ опредѣленій и т. п.; поэтому его политическая экономія больше его сбиваетъ, чѣмъ помогаетъ ему. Его диссертація, излагающая „политическую экономію“ нашихъ источниковъ, свидѣтельствуетъ только, какъ мало наши романисты нашли „политической экономіи“ въ *Corpus iuris* и какъ поверхностно и механически понимается связь этихъ областей.

Несравненно дѣльнѣе и дѣннѣе позднѣйшія сочиненія Эртмана („*Vergleich*“, 1895 г. и „*Das Recht der Schuldverhältnisse im deutschen Civilgesetzentwurf*“ въ *Jahrb. Шмоллера*, XIX, 4), гдѣ авторъ съ успѣхомъ примѣняетъ гражданско-политическую точку зрѣнія и соответственный методъ обоснованія права.

ченіе нарушенія правильного теченія хозяйства вслѣдствіе неожиданной и внезапной необходимости извлечь изъ хозяйства извѣстную сумму денегъ. Оказывается, что между нашими взглядами на самое дѣлѣ нѣтъ того принципиальнаго различія, о которомъ можно бы заключить по началу его полемики. И мой противникъ признаетъ, что внезапное изъятие суммы *fructus consumpti* изъ хозяйства владѣльца наноситъ этому хозяйству бѣльшій вредъ, нежели простое уменьшеніе имущества на соотвѣтственную сумму. Различіе взглядовъ сводится собственно лишь къ тому, какая мѣра требуется для предупрежденія этого вреда. Мой противникъ, пользуясь моею теоріей института дотальныхъ сроковъ, находитъ, что и здѣсь аналогичная мѣра была бы достаточною. Но это положеніе тоже опровергнуто нами напередъ въ соотвѣтственномъ мѣстѣ. А именно, объясняя институтъ дотальныхъ сроковъ, мы указали, чѣмъ разнится положеніе добросовѣстнаго владѣльца отъ положенія мужа, возвращающаго приданое, и почему мѣра обезпеченія, соотвѣтствующая положенію послѣдняго субъекта, не соотвѣтствовала бы положенію перваго. Къ сожалѣнію и здѣсь нашъ критикъ не занимается критикою въ точномъ смыслѣ, а просто игнорируетъ наши аргументы, такъ что и здѣсь намъ остается только сослаться на соотвѣтственную страницу нашего изслѣдованія: выше стр. 157, *Fruchtvertheilung*, стр. 192.

Вообще приведенныя возраженія сами по себѣ невольно наводятъ на мысль, что не въ нихъ заключается главная причина и основаніе отрицательнаго отношенія критика къ нашей теоріи. Истинною причиною его несогласія скорѣе являются инныя два обстоятельства: 1. Несогласіе съ моимъ взглядомъ на историческое развитіе института въ римскомъ правѣ ¹⁾. 2. Убѣжденіе критика въ правильности другого обоснованія

¹⁾ Ср. замѣчаніе на стр. 582, 583 его рецензіи: Авторъ „доказываетъ невозможность объяснить приобрѣтеніе плодовъ путемъ формально-юридической конструкціи и ищетъ его объясненія на хозяйственно-политической почвѣ. Народнохозяйственныя точки зрѣнія, которыя онъ при этомъ развиваетъ, являются цѣнными, интересными и часто несомнѣнно правильными. Такимъ образомъ авторъ былъ на лучшемъ пути отысканія истины — если это ему тѣмъ не менѣе не удалось, то причиною этого является, по нашему мнѣнію, тотъ совсѣмъ ложный свѣтъ, въ какомъ ему представляется историческое развитіе института“.

права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды, которое онъ защищалъ въ одномъ изъ своихъ предшествующихъ сочиненій и продолжаетъ отстаивать въ разсматриваемой рецензїи, а именно въ правильности теорїи *cultura et cura* ¹⁾.

Правильную точку зрѣнія, по мнѣнію референта, „указалъ Юстиніанъ въ § 35, I. II, 1: добросовѣстный владѣлецъ получаетъ плоды *pro cultura et cura*. Поэтому прежде ему предоставляли, какъ это дѣлалъ еще Помпоній, только *fructus industriales*, и многіе фрагменты позднѣйшаго происхожденія еще считаютъ нужнымъ говорить объ этой ограничительной теорїи. Владѣлецъ прїобрѣтаетъ плоды, потому что они существуютъ благодаря его труду. Это положеніе есть одно изъ многихъ доказательствъ признанія продуктивности труда въ римскомъ правѣ императорской эпохи; можетъ быть, лишь то обстоятельство, что въ возникновеніи большинства плодовъ принимаютъ трудно различимое участіе *natura* и *industria*, побудило позднѣйшихъ римскихъ юристовъ оставить различное ихъ обсужденіе; можетъ быть, и мысль о справедливомъ примиреніи противоположныхъ интересовъ собственника и владѣльца сознательно или безсознательно оказала вліяніе на позднѣйшія постановленія о *restitutio*; рѣшающую роль при этомъ могли играть и приведенныя авторомъ, стр. 194, точки зрѣнія“ (стр. 584) ²⁾.

Мы указали уже выше (стр. 84) ³⁾, что теорїя *cultura et cura* не въ состояніи объяснить нашего института, и въ частности, что принципъ „продуктивности труда“ долженъ былъ бы вести къ предоставленію плодовъ и недобросовѣстному владѣльцу. Въ самомъ дѣлѣ, если плоды есть продуктъ труда

¹⁾ По этому поводу онъ замѣчаетъ на стр. 584: „Эти мысли референтъ изложилъ подробно уже въ другомъ мѣстѣ (въ своей „*Volkswirtschaftslehre des Corpus Iuris Civilis*“, Berlin, 1891, стр. 125 и сл.); по содержащіяся тамъ замѣчанія автору, повидному, были неизвѣстны“.

²⁾ Характерно, что и здѣсь Эртманъ еще разъ дѣлаетъ уступку въ пользу моей теорїи и ослабляетъ свое первоначальное абсолютное ея отрицаніе. Видно, ему „правится“ и моя теорїя, но еще больше своя. Выходъ изъ такого затруднительнаго положенія состоитъ въ томъ, что свою теорїю онъ кладетъ въ основу историческаго развитія, а моимъ „точкамъ зрѣнія“ позволяеть принимать участіе въ позднѣйшемъ окончательномъ регулированіи вопроса.

³⁾ Ср. *Fruchtvertheilung*, стр. 162, стр. 205 и сл.

и должны достаться тому, чьимъ трудомъ они произведены, то и недобросовѣстный владѣлецъ имѣеть основаніе требовать, чтобы его трудъ былъ признанъ производительнымъ и чтобы произведенные имъ плоды были оставлены за нимъ. Положимъ, съ господствующей точки зрѣнія на *bona* и *mala fides* этому можно противопоставить возраженіе, что недобросовѣстный владѣлецъ недостойнъ приобрѣтенія, что лишеніе его продукта его труда является наказаніемъ за *mala fides*. Точно также господствующая теорія объясняетъ институтъ *specificatio* тѣмъ, что справедливо предоставить рабочему продуктъ его труда; тѣмъ не менѣ представители этой теоріи, какъ сказано было выше, различаютъ *specificatio bona* и *mala fide* и только добросовѣстнаго рабочаго считаютъ достойнымъ приобрѣтенія по *specificatio*. Но теорія награжденія честныхъ владѣльцевъ и каранія нечестныхъ падаетъ сама собою, если принять нашу теорію *bona* и *mala fides*. Поэтому Oertmann, желая защитить теорію *cultura et cura* и тѣмъ не менѣ предоставить плоды только добросовѣстному владѣльцу, долженъ былъ прежде всего опровергнуть мою теорію *bona* и *mala fides* или указать какое-либо другое основаніе лишенія *mala fidei possessor'a* продукта его труда. Ни того, ни другого онъ не дѣлаетъ; напротивъ, на той же стр. 584 онъ заявляетъ, что, несмотря на его полемику противъ моего объясненія института, въ соотвѣтственной части моего изслѣдованія есть многія мысли, къ которымъ критикъ вполнѣ присоединяется и что сюда въ частности относятся мои замѣчанія о *bona* и *mala fides* („denen wir uns vollinhaltlich anschliessen möchten, so S. 169 fg. über *bona* und *mala fides*, S. 180 über die Behandlung der *Impensen* u. s. w.“).

Но и независимо отъ того, можетъ ли теорія *cultura et cura* объяснить постановленія римскаго права, она должна въ своихъ основаніяхъ и представляетъ соединеніе крупныхъ ошибокъ по самому существу своему.

Римскіе юристы, которые объясняли право собственности владѣльца на плоды тою *naturalis ratio*, что эти плоды произведены его трудомъ, и новые романисты, присоединившіеся къ этой теоріи римскихъ юристовъ, не претендовали и не претендуютъ на экономическій анализъ и народно-хозяйственное обоснованіе своихъ взглядовъ, а просто высказываютъ свое житейское воззрѣніе, констатируютъ свое естественное чувство

справедливости. Поэтому я въ нѣмецкомъ изданіи этого сочиненія считалъ достаточнымъ указать, что теорія *cultura et sicuta* не годится для объясненія римскаго права, и не считалъ нужнымъ подвергать ее экономической критикѣ, тѣмъ болѣе, что желательно было возможно болѣе ограничить шокирующую и непривычную „примѣсъ экономіи политической къ римскому праву“—до необходимаго *minimum'a*.

Съ большими претензіями выступаетъ теорія *cultura et sicuta* въ формулировкѣ Эртмана. Здѣсь она имѣетъ виѣшній видъ теоретико-экономическій. Мало того нашъ противникъ называетъ ее даже „хозяйственно-политической“. Такъ, онъ замѣчаетъ на стр. 584: „Дѣйствительно пріобрѣтенію плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ способствовали хозяйственно-политическія точки зрѣнія, но онѣ были иного рода, нежели тѣ, которыя предлагаетъ Петражицкій“. Это принуждаетъ насъ подвергнуть эту теорію соотвѣтственной критикѣ.

Прежде всего мы должны замѣтить, что референтъ напрасно видитъ въ своей теоріи ту же точку зрѣнія, которая заключается въ нашей теоріи, т.-е. хозяйственно-политическую. Его замѣчанія о продуктивности труда и воплощеніи этого принципа въ нашемъ институтѣ относятся къ области экономической теоріи, а не политики. Онъ не показываетъ, какое полезное вліяніе на экономическую жизнь оказываетъ нашъ институтъ, а только выставляетъ ошибочное теоретическое утвержденіе, что плоды—продуктъ труда добросовѣстнаго владѣльца, и этимъ объясняетъ нашъ институтъ.

Кромѣ смѣшенія экономической теоріи съ экономической политикою, мы должны здѣсь констатировать смѣшеніе точки зрѣнія производства съ точкой зрѣнія распредѣленія. Нашъ институтъ есть правило распредѣленія и требуетъ объясненія съ этой точки зрѣнія. Анализъ соотвѣтственнаго явленія съ точки зрѣнія производства можетъ показаться достаточнымъ объясненіемъ только при смѣшеніи этихъ-двухъ различныхъ точекъ зрѣнія.

Но, далѣе, весьма несостоятеленъ съ экономической точки зрѣнія и взглядъ, будто владѣлецъ въ данномъ случаѣ выступаетъ въ качествѣ представителя труда (рабочаго), а плоды въ качествѣ продукта его труда. Аналогическое господствующее мнѣніе называетъ спецификанта рабочимъ (*Arbeiter*), а нова *species* продуктомъ его труда. Точно также германисты при

обсужденіи соответственныхъ явленій германскаго права говорятъ о рабочемъ и продуктѣ его труда (или о плодахъ, какъ награда за трудъ) ¹⁾.

Такъ никогда бы не формулировали этого явленія цивилисты, если бы они были болѣе знакомы съ политической экономіей. Экономистъ по поводу института *specificatio* или *fructus suos facere* не сказалъ бы, что продуктъ здѣсь принадлежитъ рабочему, а назвалъ бы субъекта приобрѣтенія предпринимателемъ. Поэтому трудовая теорія институтовъ спецификации и приобрѣтенія плодовъ не только не выдерживаетъ экономической критики, но даже въ ней не нуждается. Она представляетъ только курьезное недоразумѣніе. Рабочему (въ техническомъ экономическомъ смыслѣ) эти институты вѣдь ничего не даютъ. При этомъ мы имѣемъ въ виду не то обстоятельство, что въ Римѣ производство основывалось на рабскомъ трудѣ и что продукты сельскаго хозяйства и промышленности принадлежали не рабамъ (и не ихъ господамъ, капиталъ которыхъ они представляли, какъ таковымъ), а предпринимателямъ, также и не тотъ фактъ, что теперь на мѣсто рабовъ появились свободные рабочіе и что они не имѣютъ больше правъ на продуктъ, нежели ихъ предшественники, причѣмъ совершенно безразлично, принадлежать ли перерабатываемые матеріалы или сельскохозяйственные участки субъекту хозяйства на правѣ собственности или нѣтъ. При нѣкоторой привычкѣ къ экономическому мышленію мы бы даже тогда не приписали продукта *specificatio* или плодовъ „рабочему“, когда случайно въ лицѣ спецификанта или вла-

¹⁾ Сообразно съ извѣстнымъ выраженіемъ „*verdientes Gut*“ которому германсты приписываютъ огромное значеніе, ихъ теоріи и разсужденія соответствуютъ болѣе точкѣ зрѣнія распредѣленія. Притомъ они считаютъ принципъ, по которому „плоды являются наградою за трудъ“, особымъ національнымъ достояніемъ, драгоцѣннымъ проявленіемъ „національнаго духа“. Ср. напр., Gierke, *Der Entwurf e. b. G. B.* 1889, стр. 293 (mit dem innersten Kern unseres nationalen Rechtsbewusstseins), стр. 344 („Die nationale Anschauung, dass die Früchte Lohn der Arbeit sind...“), стр. 345 („Wir haben schon an anderen Stellen, an denen wir auf die Konsequenzen der romanistischen Ordnung des Fruchterwerbes stießen, diese Sünde gegen den deutschen Geist bekämpft“). Мы въ этомъ видимъ не особое явленіе германскаго права, а общее для современной цивилистики не только германистической, но и романистической наивное теоретическое воззрѣніе, являющееся свидѣтельствомъ и продуктомъ отсутствія экономическаго образованія (ср. ниже).

дѣльца совмѣщаются роли предпринимателя и рабочаго, напр., если сапожникъ сдѣлалъ пару сапогъ изъ чужого или собственнаго матеріала собственноручно, безъ чужой наемной помощи, или если *b. f. possessor* сельскохозяйственнаго участка всѣ полевныя работы произвелъ безъ помощи батраковъ; напротивъ, и въ такихъ случаяхъ мы бы сказали, что сапожникъ или сельскій хозяинъ пользуется и распоряжается продуктами своего производства въ качествѣ предпринимателя ¹⁾.

Въ § 950 новаго германскаго уложенія, исходящаго въ области *specificatio* изъ трудовой теоріи, значителенъ:

„Сдѣлавшій (создавшій, *herstellt*) посредствомъ переработки или преобразования одного или нѣсколькихъ матеріаловъ новую движимую вещь приобрѣтаетъ на нее право собственности, если цѣнность переработки или преобразования не является значительно ниже цѣнности матеріала“...

Но всякій судья былъ бы весьма удивленъ, если бы какой либо рабочій на основаніи этого параграфа потребовалъ признанія за собою права собственности на сдѣланный имъ въ промышленномъ заведеніи, гдѣ онъ служитъ, предметъ. Если бы этотъ законъ толковать въ буквальный смыслъ (т.-е. въ смыслъ господствующей теоріи, по которой произведеніе труда принадлежитъ субъекту этого труда, т.-е. рабочему), то онъ бы явился соціальной революціей и существеннымъ образомъ измѣнилъ бы господствующій теперь экономическій строй (§ 950 относится также и къ обыкновенному случаю переработки матеріала, принадлежащаго предпринимателю на правѣ собственности).

Такое же недоразумѣніе, такую же революцію на словахъ мы встрѣчаемъ въ учебникахъ римскаго права, гдѣ традиціонно сообщается, что Прокуліанцы приписали право собственности на продуктъ переработки рабочему и т. п. ²⁾,

¹⁾ Съ другой стороны, ясно и безъ всякаго экономическаго знанія, что институты *specificatio* и *fructus suos facere* дѣйствуютъ на пользу предпринимателей, а не рабочихъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда предприниматель не привноситъ никакого труда съ своей стороны въ дѣло производства плодовъ или *novae species*, напр., ограничивается полученіемъ доходовъ изъ рукъ своего управляющаго (имѣнія, фабрики и т. п.) или арендатора. Особенно ясно раздѣленіе ролей предпринимателя и рабочаго въ случаѣ акціонерной компаніи.

²⁾ Ср., напр., *Baron* § 136 (стр. 260 въ 9-омъ изданіи):... *die Sabinianer dem Eigenthümer des Stoffes, die Proculianer dem Arbeiter das Eigenthum*

или въ сочиненіяхъ германистовъ, которые гордятся принципомъ германскаго права, приписывающимъ работѣ рѣшающую роль въ вопросѣ о правѣ собственности на плоды и обсуждающимъ плоды какъ вознагражденіе за трудъ (*Lohn der Arbeit*).

Но оставимъ въ сторонѣ теоретическое смѣшеніе предпринимателя съ рабочимъ, на которомъ основывается трудовая теорія, и остановимся на тѣхъ случаяхъ, гдѣ это смѣшеніе фактически безвредно, потому что *in concreto* роль предпринимателя и рабочаго совпадаютъ въ одномъ лицѣ, потому что предприниматель не пользуется для производства наемнымъ трудомъ, а самъ исполняетъ всѣ рабочія функціи.

Можно ли въ этомъ случаѣ съ экономической точки зрѣнія сказать, что плоды являются продуктомъ работы владѣльца и на этомъ основать объясненіе нашего института? Экономисты констатируютъ въ доходѣ сельско-хозяйственнаго предприятия слѣдующія составныя части: 1) ренту, 2) доходъ отъ капитала, 3) заработчій доходъ, 4) предпринимательскую прибыль¹⁾.

Принимая во вниманіе этотъ анализъ результата производительнаго предпріятія, представители цивилистической трудовой теоріи легко констатировали бы, что ихъ взглядъ на продуктивность труда и на плоды, какъ справедливое вознагражденіе за трудъ, заключаетъ самъ въ себѣ самоуничто-

der neuen Sache zugeschrieben: einige Iuristen stellten eine mittlere Ansicht auf, welche Justinian billigte, und nach welcher der Arbeiter das Eigenthum der neuen Sache nur dann erwirbt... Streitig ist heutzutage, auf welchem Grunde der Erwerb seitens des Specifikanten ruht: ob er Kraft Occupation erwirbt ...oder als Belohnung für seine Arbeit (denn er erzeugt die neue Sache); die letztere Meinung ist die richtige... daraus folgt, dass der Specifikant nur dann erwirbt, wenn er die Specifikation redlicher Weise vollzog (denn nur dann verdient seine Arbeit einen Lohn⁴). Dernburg I § 204: „Die Prokulianer dagegen betrachteten in vorzugsweiser Betonung der umschaffenden Arbeit das Resultat als neue Sache. Sie theilten das Eigenthum daher dem Arbeiter zu“. „Wer aber den Erwerb durch Specifikation auf die Verarbeitung gründet, muss es entsprechend finden, dass nur die „redliche Arbeit“ geschützt wird“.

¹⁾ Въ другомъ мѣстѣ (Lehre vom Einkommen II, стр. 390—433) я пытался доказать, что предпринимательская прибыль не является особою составною частью общаго дохода, но здѣсь этотъ вопросъ не имѣетъ значенія и мы можемъ исходить изъ обычной точки зрѣнія.

женіе и *reductio ad absurdum* ихъ теоріи. И при томъ экономическая несообразность цивилистической трудовой теоріи одинаково очевидна, изъ какой бы экономической теоріи производительности труда мы ни исходили.

Судя по словесной формѣ, по внѣшнему виду цивилистической „трудовой теоріи“, она могла бы рассчитывать на согласіе или по крайней мѣрѣ снисхожденіе со стороны тѣхъ экономистовъ, которые придерживаются трудовой теоріи цѣнности и распредѣленія. Но на самомъ дѣлѣ именно представители экономической трудовой теоріи были бы особенно удивлены и возмущены по поводу трудовой теоріи цивилистовъ. Считаая справедливымъ предоставить добросовѣстному владѣльцу ренты, доходъ отъ капитала и предпринимательскую прибыль, цивилисты съ точки зрѣнія экономической трудовой теоріи наполняютъ его карманъ разными несправедливыми прибылями, возникающими изъ лишенія труда его правъ и ограбленія многихъ рабочихъ. Такъ, напр., поскольку доходъ отъ имѣнія сводится на связанный съ участкомъ капиталъ (напр., сельскохозяйственныя постройки, инвентарь, заборы, каналы etc.), т.-е. кристаллизованный (по отношенію къ владѣльцу чужой) трудъ, постольку въ этой части подарка добросовѣстному владѣльцу заключается результатъ нарушенія справедливыхъ правъ цѣлой, можетъ быть, весьма большой группы рабочихъ. Точно также цѣлыя большія группы рабочихъ должны быть ограблены для того, чтобы доставить добросовѣстному владѣльцу ренты и предпринимательскую прибыль.

Само собою разумѣется, что и съ точки зрѣнія экономистовъ, защищающихъ производительность капитала и справедливость процента отъ капитала, ренты и предпринимательской прибыли цивилистическая теорія не выдерживаетъ критики.

И такъ, Эртманъ совершенно напрасно считаетъ защищаемую имъ теорію „экономическою“. Этого эпитета она заслуживаетъ только въ томъ смыслѣ, что (ошибочно) употребляетъ экономическіе термины и представляетъ съ точки зрѣнія экономической науки комбинаціи теоретическихъ недоразумѣній.

Возраженія Пернуса направляются противъ второй части моей теоріи, противъ объясненія значенія *fructus extantes* для собственника, получающаго имѣніе отъ добросовѣстнаго

владѣльца. Авторитетный авторъ „Лабеона“ прежде всего высказывается принципиально противъ умствования насчетъ того, чѣмъ объясняется возвращеніе *fructus extantes*. По его мнѣнію, эта обязанность владѣльца представляется нововведеніемъ, связаннымъ съ появленіемъ когниціоннаго производства. При этомъ онъ считаетъ вѣроятнымъ, что это расширеніе ответственности владѣльца было основано на аналогіи *hereditatis petitio*, но не отрицаетъ, что и цѣлесообразность и справедливость должны были оказать свое вліяніе. „Но“, замѣчаетъ онъ далѣе (стр. 363), „относительно направленія этихъ мыслей нѣтъ никакихъ намековъ (въ источникахъ); поэтому благоразумнѣе не создавать по этому поводу никакихъ слишкомъ глубокомысленныхъ гипотезъ. Въ концѣ концовъ, вся мудрость, можетъ быть, состояла въ томъ, что собственникъ получаетъ то, что есть на лицо“¹⁾.

Тѣмъ не менѣе Pernice дѣлаетъ противъ моей теоріи сверхъ того и спеціальныя возраженія: „1. Идея (что *fructus extantes* возвращаются какъ предметы, необходимые для дальнѣйшаго хозяйства) подходитъ только къ участкамъ, но не къ движимымъ вещамъ. Но и въ случаѣ недвижимостей она предполагаетъ виндикацію цѣлыхъ имѣній. Частый (можетъ быть, самый частый) случай, когда споръ относится къ отдѣльному куску земли, сюда не подходитъ: одинъ и тотъ же сортъ хлѣба не сѣется дважды подъ рядъ на одномъ и томъ же полѣ, поэтому нѣтъ надобности въ зернѣ для посѣва. 2. Но если даже принять критикуемое объясненіе съ этимъ двойнымъ ограниченіемъ виндикаціей цѣлыхъ имѣній, то оно мнѣ кажется не безупречнымъ. Время, въ которое плоды должны быть на лицо, избрано произвольно и его наступленіе зависитъ отъ произвола виндиканта. Поэтому нѣтъ никакой гарантіи, что цѣль будетъ правильно достигнута“. Далѣе многоуважаемый критикъ указываетъ, что иногда подъ видомъ *fructus extantes* весь сборъ можетъ достаться собственнику, иногда же въ имѣніи не окажется никакихъ *fructus extantes*. 3. Третій пунктъ, выставляемый Пернисомъ противъ моей

¹⁾ Aber es fehlt uns jede Andeutung über die Richtung dieser Gedanken; und es ist wohl klüger, sie nicht allzu tiefsinnig zu vermuten. Am Ende könnte die ganze Weisheit gewesen sein, dass der Eigenthümer krieget, was da ist“.

теоріи, состоитъ въ томъ, что не только классическіе юристы, но и компиляторы умѣли весьма всесторонне принимать въ соображеніе хозяйственныя моменты, какъ это показываетъ ученіе объ издержкахъ; поэтому невѣроятно, чтобы они не сумѣли провести ту мысль, которую я имъ приписываю, болѣе удачно и послѣдовательно.

Въ защиту моей теоріи противъ этой полемики можно привести слѣдующее:

1. По поводу принципіальнаго возраженія о мудрствованіи лукавомъ относительно мыслей, руководившихъ римскими юристами при образованіи нашего института, при отсутствіи всякихъ историческихъ указаній въ этомъ направленіи, и по поводу третьяго спеціального возраженія (объ остроуміи римскихъ юристовъ) намъ приходится отмѣтить, что здѣсь въ полемикѣ кроется весьма существенное недоразумѣніе и при томъ свойственное не только нашему почтенному противнику, а вообще современной романистикѣ.

А именно римскихъ юристовъ романисты считаютъ весьма осторожными и дальновидными представителями гражданско-политическаго мышленія (выраженія традиціонныхъ восхваленій въ этомъ направленіи, конечно, иныя, но суть такова), и для объясненія историческихъ явленій или догматическихъ положеній римскаго права они обращаются къ мыслямъ, воззрѣніямъ и цѣлямъ, которыя руководили римскими юристами при ихъ воздѣйствіи на развитіе права.

Нѣкоторые, какъ напр. Pernice, проявляютъ при этомъ большую научную осторожность, приписывая римскимъ юристамъ только тѣ воззрѣнія и мысли, о существованіи которыхъ можно убѣдиться изъ источниковъ.

Другіе, въ особенности Ihering, поступаютъ при этомъ болѣе произвольно, придумывая и приписывая римскимъ юристамъ безъ историческихъ доказательствъ разные цѣли и умыслы (подчасъ весьма низкіе и невѣроятные ¹⁾).

И вотъ почтенный критикъ относитъ мою теорію къ той категоріи объясненій римскихъ правовыхъ явленій, которая состоитъ въ ненаучномъ приписываніи римскимъ юристамъ такихъ мыслей и цѣлей, наличности коихъ въ то время не подтверждаютъ никакія историческія данныя. Противъ

¹⁾ Ср. E. Eck. Zur Feier des Gedächtnisses von B. Windscheid und R. v. Ihering.

этого течения, которое авторъ считаетъ (совершенно справедливо) язвою современной романистики, лишаящей въ частности исторію римскаго права исторической почвы и научной достовѣрности, направлены не только его замѣчанія противъ моей теоріи, но и въ значительной части вся его книга. И если моя теорія дѣйствительно является образчикомъ тѣхъ историческихъ взглядовъ и способовъ объясненія римскаго права, борьбѣ противъ которыхъ посвящаетъ свою научную дѣятельность авторъ Лабеопа, то для ея полнаго научнаго уничтоженія вполне достаточно было общаго замѣчанія критика о построеніи историческихъ гипотезъ безъ исторической почвы, а дальнѣйшія спеціальныя замѣчанія являются для моей „гипотезы“ слишкомъ большою честью, тѣмъ болѣе, что Ренпсе обыкновенно ограничивается молчаливымъ отрицаніемъ произвольныхъ теорій или опроверженіемъ только съ точки зрѣнія источниковъ.

Но въ томъ то и дѣло, что мое объясненіе института пріобрѣтенія плодовъ не относится ни къ той категоріи теорій, которую признаетъ—и самъ съ блестящимъ остроуміемъ обогащаетъ мой противникъ, ни къ той, противъ которой онъ возстаетъ.

Мое отношеніе къ изслѣдованіямъ о мысляхъ, воззрѣніяхъ и цѣляхъ римскихъ юристовъ состоитъ въ слѣдующемъ:

Поскольку эти изслѣдованія состоятъ въ произвольномъ выдумываніи и приписываніи своихъ выдумокъ римскимъ юристамъ, то я смотрю на нихъ такъ же, какъ и мой противникъ. Поскольку же они обладаютъ тѣмъ научнымъ характеромъ и историческою почвою, какіе мы находимъ въ „Labeo“, то я, конечно, не отрицаю вполне ихъ исторической цѣнности и достовѣрности, но иначе понимаю эту цѣнность. А именно, по моему мнѣнію, исторически доказанныя мысли и воззрѣнія римскихъ юристовъ на основанія, причины и цѣли разныхъ позитивныхъ нормъ или ихъ историческихъ измѣненій слѣдуетъ относить не къ исторіи права въ тѣсномъ смыслѣ и ея объясненію, а къ исторіи литературы права. Въ этомъ смыслѣ я значительную часть „Лабеопа“ отношу не къ изслѣдованію и объясненію права, а къ изложенію литературы и притомъ считаю эту литературу весьма примитивною и мало научною.

Для того, чтобы правильно выяснять и обсуждать зна-

ченіе институтовъ гражданскаго права, недостаточно обладать житейскою опытностью и практическимъ взглядомъ на вещи, каковымъ обладали римскіе юристы, и обсуждать право съ житейской и практической точки зрѣнія (какъ это, напр., дѣлаетъ Іерингъ и его послѣдователи), а требуется методическое, систематическое и подчасъ весьма сложное изслѣдованіе, экономическое образованіе и вообще такой научный аппаратъ, которымъ римскіе юристы не могли пользоваться.

Поэтому нельзя требовать отъ римской юриспруденціи и нельзя найти въ римскихъ источникахъ научнаго гражданско-политическаго мышленія и достаточно глубокаго и правильнаго опредѣленія общественной функціи институтовъ гражданскаго права. Общественная и культурная разумность различныхъ институтовъ римскаго права есть не продуктъ сознательнаго правно-политическаго мышленія римскихъ юристовъ, а безсознательная кристаллизація массоваго и продолжительнаго народнаго опыта (ср. ниже § 23).

Именно конкретными доказательствами этихъ положеній являются изслѣдованія, помѣщенные въ „Fruchtvertheilung“ и въ „Lehre v. Einkommen“. Сообразно съ этимъ въ этихъ изслѣдованіяхъ опредѣляется правно-политическое значеніе и смыслъ разсматриваемыхъ институтовъ совершенно независимо отъ взглядовъ и воззрѣній на этотъ вопросъ римскихъ юристовъ, а затѣмъ въ концѣ изслѣдованія разсматриваются и подвергаются критикѣ эти взгляды, при чемъ обыкновенно оказывается, что наивныя и ненаучныя теоріи римскихъ юристовъ въ исторіи даннаго института не имѣли никакого рѣшающаго значенія или что неправильныя рѣшенія ихъ, подсказанныя ложными и поверхностными теоріями, въ концѣ концовъ погибли въ борьбѣ за существованіе съ другими, несогласными съ тогдашними теоріями, но инстинктивно удачными рѣшеніями.

Таково мое отношеніе къ этимъ вопросамъ и въ изслѣдованіи о приобрѣтеніи плодовъ въ Fruchtvertheilung. Такъ, напр., на стр. 202 „Fruchtvertheilung“ я прямо выставляю и дальше подробно доказываю слѣдующій тезисъ:

„Die römischen Juristen haben die wirthschaftliche Bedeutung des Institutes selbst nicht verstanden, nichtsdestoweniger haben sie das obige Postulat praktisch richtig verwirklicht“ („Римскіе юристы сами не понимали экономическаго

значенія нашего института, тѣмъ не менѣе на практикѣ они правильно осуществили изложенный постулатъ“). Кажется, достаточно ясно. Точно также, повидимому, ясны и определенны доказательства, приводимыя дальше въ пользу этого тезиса (ср. ниже § 23). Но мы до такой степени привыкли къ толкамъ о воззрѣнiяхъ и цѣляхъ, которыми руководствовались римскіе юристы, и къ объясненію институтовъ римскаго права этими воззрѣнiями и цѣлями, что и прямо заявленный протестъ съ моей стороны противъ такого отношенія къ изслѣдованію римскаго права и обсужденія съ такой точки зрѣнiя моего изслѣдованія не произвелъ никакого дѣйствiя. Я предлагаю изслѣдованіе экономическаго значенія института, а мои противники принимаютъ его за изслѣдованіе мыслей и цѣлей, которыя имѣли въ виду римскіе юристы (т.-е. люди той эпохи, когда науки политической экономіи еще не существовало). Конечно, при столь различныхъ исходныхъ точкахъ зрѣнiя мы не придемъ къ соглашенію. Точно также Эртманъ, указавъ, что разныя мѣста въ дигестахъ и институціяхъ прямо опираются нашъ институтъ на принципъ *cultura et cura*, могъ категорически и безъ особыхъ доказательствъ заявить, что моя полемика противъ этой точки зрѣнiя не можетъ быть убѣдительною ¹⁾. Конечно, я никого не разубѣжду въ томъ, что римскіе юристы держались такого взгляда. Но я этого и не пробовалъ дѣлать, а, напротивъ, самъ привожу разныя историческія доказательства (кромѣ извѣстной ссылки на *cultura et cura* въ институціяхъ), показывающія, что эта наивная теорія въ свое время играла большую роль въ римской юриспруденціи, бѣольшую, нежели въ эпоху Юстиніана и позднѣйшихъ классическихъ юристовъ („Fruchtvertheilung“, стр. 205 и сл., ср. ниже § 23).

До какой степени укоренились въ нашей наукѣ взгляды и привычки изслѣдованія, ведущіе къ подобнымъ недоразумѣнiямъ, особенно наглядно показываетъ тотъ фактъ, что и столь выдающійся и передовой юристъ, какъ Леонардъ, несмотря на согласіе съ моей теоріей приобрѣтенія плодовъ и съ моимъ взглядомъ на отсутствіе сознательнаго отношенія

¹⁾ Petražycki's Polemik gegen den Gesichtspunkt der *cultura et cura* spitzt sich zwar zu recht scharfen Bemerkungen zu (S. 205 fg.), ist aber in der Sache nichts weniger als überzeugend“ (стр. 584 l. c.).

римской юриспруденціи къ экономической разумности римскаго права, все-таки впасть въ обыденную ошибку, противорѣчащую этимъ признаннымъ имъ положеніямъ.

На стр. 278 и 279 своей упомянутой выше критики Леонардъ привѣтствуетъ и одобряетъ, что я полезность институтовъ права отличаю отъ цѣлей и мотивовъ создателей этихъ институтовъ, что я главную задачу нашей науки вижу „въ превращеніи безсознательной мудрости обычнаго права въ рядъ сознательныхъ мыслей“ и что я и на дѣлѣ съ успѣхомъ рѣшаю эту задачу etc. Но на слѣдующихъ страницахъ той же критики авторъ пытается путемъ произвольнаго филологическаго построенія создать для моей теоріи пріобрѣтенія плодовъ фундаментъ, совсѣмъ излишній и на дѣлѣ не существующій, а именно доказать, что моя теорія соответствуетъ изреченіямъ источниковъ по этому вопросу. Здѣсь Леонардъ замѣчаетъ: „Императоръ Юстиніанъ предоставляет (inst. II, 1 § 35) добросовѣстному владѣльцу плоды *pro cultura et cura*. Петражицкій толкуетъ это (стр. 205) вмѣстѣ съ другими такъ, какъ будто Юстиніанъ этими словами хотѣлъ указать на награду „за“ обработку, какъ мы говоримъ о куплѣ вещи „за“ опредѣленную цѣну. Если бы это было такъ, то, конечно, было бы непонятно, почему императоръ предоставилъ ему только *fructus consumpti*, а не всѣ заслуженные его трудомъ, но еще не пожатые плоды ¹⁾. И здѣсь переводчиковъ ввели въ заблужденіе мысли германскаго права (*Sachsenspr.* II, 58. III, 76). *Pro aliqua re* означаетъ то же, что и *in favorem eiusdem rei*. Припомнимъ *praescriptio pro geo, oratio pro domo* и т. п. *Pro cultura et cura*, слѣдова-

¹⁾ Съ моей точки зрѣнія на роль возрѣвній римскихъ юристовъ о смыслѣ институтовъ и положеній римскаго права тутъ ничего страннаго и непонятнаго нѣтъ (ср. *Fruchtvertheilung*, стр. 205, *Lehre vom Einkommen I* §§ 16, 17, 18). Напротивъ, мы никогда не достигнемъ правильнаго отношенія къ римскому праву и пониманія его исторіи и смысла его институтовъ, если будемъ исходить изъ того взгляда, будто институты римскаго права представляютъ послѣдовательное воплощеніе тѣхъ цѣлей, которыя преслѣдовали представители правообразованія, и будто оправданіе, объясненіе, и разумность этихъ институтовъ состоитъ въ воплощеніи этихъ цѣлей и возрѣвній. Здѣсь особенно ясно обнаруживается, что авторъ, несмотря на признаніе ложности взглядовъ Іеринга и его послѣдователей въ теоріи, на практикѣ все-таки не можетъ освободиться отъ соответственныхъ ложныхъ привычекъ разсужденія и изслѣдованія.

тельно, означает то же, что и *in favorem culturae*, иными словами *ne cultura turbetur* (dig. 47, 3 fr. 1). Это означает какъ разъ ту же мысль, изъ которой Петражицкій такъ ловко и удачно (*mit so vielem Geschicke und Glücke*) выводитъ права добросовѣстнаго владѣльца“ etc.

Совершенно справедливо опровергаетъ это искусственное толкованіе Pernice l. c. стр. 357 пр. 4. Въ своемъ учебникѣ институцій (стр. 268) Леонардъ выражается уже нѣсколько осторожнѣе: „Этотъ принципъ защищалъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ отъ вреднаго нарушенія ихъ хозяйственныхъ плановъ неожиданными требованіями (*fructus consumpti*), хотя и нельзя рѣшить достовѣрно, для этой ли именно цѣли были введены соотвѣтственныя положенія“.

И это гипотетическое и осторожное замѣчаніе неправильно и принципиально ненаучно. Противъ него дѣйствительно могутъ бытъ направлены замѣчанія Перниса о создаваніи историческихъ гипотезъ безъ всякихъ историческихъ данныхъ. Противъ моихъ изслѣдованій эти возраженія были направлены только по недоразумѣнію, только вслѣдствіе отнесенія моего изслѣдованія къ той категоріи построеній, противъ которыхъ я самъ выступаю. Что я къ этому недоразумѣнію не подалъ повода, свидѣтельствуетъ между прочимъ проф. О. Фишеръ (l. c. стр. 82, 83), который, указывая, что въ двухъ первыхъ частяхъ „*Fruchtvertheilung*“ за догматическимъ изложеніемъ находятся еще критическія изслѣдованія о смыслѣ и экономическомъ значеніи разсматриваемыхъ институтовъ, и вполне одобряя и признавая цѣнными такія добавочныя части изложенія, замѣчаетъ далѣе объ этихъ частяхъ: „Авторъ избѣжалъ здѣсь удачно также опасности приписать свои или вообще современныя экономическія идеи римскимъ юристамъ. Онъ вполне справедливо указываетъ въ соотвѣтственномъ мѣстѣ, что римскіе юристы изложеннаго хозяйственнаго значенія института не уразумѣли“.

И такъ, изъ полемики Перниса остаются только возраженія о томъ, что *fructus extantes* только при виндикаціи недвижимостей могутъ имѣть важное значеніе для послѣдующаго хозяина, и то далеко не всегда. Хотя эти возраженія играютъ роль подготовительныхъ стадій для указанія, что римскіе юристы умѣли весьма остроумно и послѣдовательно проводить хозяйственныя мысли, а потому они бы и здѣсь

провели бы гораздо послѣдовательнѣе мысль о значеніи *fructus extantes*, если бы они ею дѣйствительно руководствовались, т.-е. хотя и эти возраженія составляютъ звено указаннаго выше недоразумѣнія, тѣмъ не менѣе они по своему содержанию имѣютъ и самостоятельное значеніе и возлагаютъ на насъ обязанность самостоятельнаго разсмотрѣнія.

Относящіяся сюда замѣчанія Пернуса не только касаются моей теоріи (а не чужихъ заблужденій), но и вполне основательны по своему непосредственному содержанию. Дѣйствительно, *fructus extantes* имѣютъ указанное мною значеніе только при виндикаціи недвижимостей и при томъ и здѣсь не всегда. Я бы могъ только ослабить эти возраженія указаніемъ на то, что *fructus extantes*, какъ естественные сельскохозяйственные продукты, сами по себѣ имѣютъ почти исключительное значеніе въ поземельныхъ отношеніяхъ и спорахъ, что доходы движимыхъ вещей въ громадномъ большинствѣ случаевъ сразу относятся къ категоріи *fructus consumpti* (ср. выше § 11), такъ что вполне естественно, если римское право при регулированіи вопроса о *fructus extantes* примѣняется къ поземельнымъ отношеніямъ. Далѣе, я предполагаю, что *rei vindicatio* обыкновенно относится къ *fundus*, какъ сельскохозяйственному цѣлому, а не къ *pars fundi*. Впрочемъ, за неимѣніемъ подъ рукою статистическихъ данныхъ, настаивать не буду. Наконецъ, а *priori* и безъ статистическихъ данныхъ можно утверждать, что въ массѣ случаевъ въ имѣніи въ видѣ *fructus extantes* найдутся главнымъ образомъ, почти исключительно тѣ продукты, которые имѣютъ значеніе для дальнѣйшаго хозяйства. Право же, особенно обычное право (кристаллизація массоваго опыта) примѣняется къ тѣмъ явленіямъ, которыя имѣютъ значеніе въ важнѣйшей для жизни по вѣсу и количеству массѣ случаевъ. Хотя иногда или въ извѣстной части *fructus extantes* не относятся къ категоріи необходимыхъ предметовъ для дальнѣйшаго хозяйства, тѣмъ не менѣе это обстоятельство не вызывало бы при наличности обязанности выдачи всѣхъ *fructus extantes* того ощущенія ненормальности и вредности, какое бы вызывалось правомъ владѣльца лишать имѣніе необходимыхъ для хозяйства продуктовъ при противоположномъ регулированіи вопроса. Поэтому психологически правило римскаго права о *fructus extantes* остается вполне естественнымъ и въ томъ случаѣ,

если признать, что оно не всегда и не въ исполнѣ необходимо съ моей точки зрѣнія.

Тѣмъ не менѣе въ виду того, что *fructus extantes*, какъ справедливо указываетъ Пернисъ, въ извѣстной категоріи случаевъ находятся внѣ органической связи съ передаваемою по *vindicatio* вещью и соотвѣтственнымъ дальнѣйшимъ хозяйствомъ, съ точки зрѣнія сознательной политики права могъ бы возникнуть вопросъ, не слѣдуетъ ли современному законодателю сдѣлать соотвѣтственныя отступленія отъ римскаго права. Несмотря на это я въ отдѣлѣ своего сочиненія, обсуждающемъ нашъ институтъ съ точки зрѣнія современной законодательной политики (ниже § 24, ср. *Fruchtvertheilung* стр. 245) защищаю рецепцію римскаго правила о *fructus extantes* въ будущія гражданскія уложенія и привожу для этого основанія. Главное и существенное основаніе слѣдуетъ изъ основной мысли, положенной нами въ обсужденіе института, но ни того, ни другого Пернисъ не принялъ во вниманіе, и вся его полемика и въ этой части основана на недоразумѣніи.

Недоразумѣніе лежитъ въ самой постановкѣ вопроса объ объясненіи нашего института. Мы выше (ср. *Fruchtvertheilung* стр. 165) опредѣлили подлежащій разрѣшенію вопросъ слѣдующимъ образомъ:

„При этомъ намъ слѣдуетъ исходить изъ того основного положенія современнаго социальнаго строя, что собственнику капитала принадлежитъ и доходъ отъ этого капитала и что нашъ институтъ представляетъ исключеніе изъ этого общаго принципа современнаго капиталистическаго строя. Требуется объясненіе и отвѣтъ стало бытъ отнюдь не на вопросъ, почему добросовѣстный владѣлецъ не получаетъ всѣхъ плодовъ, а, напротивъ, на обратный вопросъ, именно, почему ему предоставляется *iussum* потребленныхъ плодовъ, почему права собственника ограничиваются только наличными плодами“.

Этотъ вопросъ рѣшается по нашей теоріи слѣд. образомъ:

Потому что *fructus consumpti* вслѣдствіе ошибочнаго хозяйственнаго плана владѣльца вошли въ органическую связь съ его хозяйствомъ и неожиданное изытіе ихъ было бы вредно съ народнохозяйственной точки зрѣнія.

При таковой нашей постановкѣ вопроса и таковомъ отвѣтѣ

само собою разумѣется, что *fructus extantes* (*tignum pondum iunctum*) должны принадлежать собственнику.

Этотъ выводъ отнюдь не измѣняется отъ того, что я къ этому результату прибавляю дополнительное гражданско-политическое разсужденіе о значеніи *fructus extantes* для собственника. Результатъ этого разсужденія гласить: въ среднемъ случаѣ *fructus extantes* имѣютъ важное значеніе для дальнѣйшаго хозяйства въ имѣніи, а потому лишеніе собственника этихъ хоз. благъ въ пользу владѣльца (не требуемое по предыдущимъ результатамъ основной идеей и функціей нашего института и представляющее напрасное ограниченіе основного принципа современнаго экономическаго строя) обыкновенно вело бы къ особенному экономическому вреду.

Опровергаетъ ли Пернись эту мою теорію? Нѣтъ, онъ спорить противъ чего-то другого, противъ теоріи не только неправильной самой по себѣ, но и основанной на ложной постановкѣ всего вопроса.

Теорія эта (противоположная моей по самой постановкѣ вопроса) состоитъ въ слѣдующемъ:

Въ нашемъ институтѣ является страннымъ и требуетъ объясненія, почему собственникъ получаетъ *fructus extantes*. *Ius singulare* нашего института состоитъ не въ томъ, что владѣлецъ люкрируетъ *fructus consumpti*, а въ томъ, что онъ лишается *fructus extantes*. Какъ это объяснить? На этотъ (неправильно поставленный) вопросъ предлагается отвѣтъ: потому что *fructus extantes* въ среднемъ случаѣ необходимы для дальнѣйшаго хозяйства въ имѣніи.

Вотъ противъ такой ложной теоріи и направлена полемика нашего уважаемаго противника. Для побѣды надъ этой теоріей ему даже излишне было указывать подробно случаи, когда *fructus extantes* не бываютъ необходимы для дальнѣйшаго хозяйства собственника. Вѣдь я и не утверждалъ, что *fructus extantes*, какъ таковые, всегда имѣютъ особое значеніе для собственника. Слѣдовательно, достаточно было сказать: авторъ теоріи самъ признаетъ, что *fructus extantes* могутъ на дѣлѣ имѣть различное значеніе для собственника. Почему же въ такомъ случаѣ остроумные римскіе юристы, знатоки хозяйственной политики, не установили такого правила, которое бы, сообразно основной идеѣ института, предоставляло собствен-

нию *fructus extantes* тогда и въ такой мѣрѣ, когда и въ какой мѣрѣ они необходимы для дальнѣйшаго хозяйства?

Но въ томъ то и дѣло, что я такой теоріи не выставлялъ. Моя теорія остается и послѣ полемики Пернуса въ прежней силѣ. И теперь я утверждаю: возвращеніе *fructus extantes* не только было бы излишнимъ нарушеніемъ принципа собственности, но и особо вреднымъ явленіемъ для сельскаго хозяйства. Что этотъ особый вредъ проявлялся бы не при всякомъ случаѣ *vindicatio*, а только въ той категоріи случаевъ, которую я предполагалъ выше, т.-е. въ случаяхъ виндикаціи сельско-хозяйственныхъ *fundi*, и при томъ лишь тогда и постольку, поскольку *fructus extantes* оставлены въ имѣніи не по какому-либо исключительнымъ обстоятельствамъ, а въ виду дальнѣйшихъ потребностей хозяйства, — съ этимъ я вполне согласенъ и противнаго не утверждалъ и въ „*Fruchtvertheilung*“.

§ 22. F. Объясненіе формальной стороны института.

Зная гражданско-политическую функцію, которую долженъ исполнить нашъ институтъ, не трудно объяснить, почему онъ построенъ изъ тѣхъ, а не другихъ юридическихъ формъ. Передъ нами теперь второстепенный и болѣе легкій вопросъ: почему ограниченіе правъ собственника капитальной вещи проведено въ той формѣ, что незнающій владѣлецъ получилъ на плоды право собственности?—Тѣ, которые считаютъ наше объясненіе института правильнымъ, признаютъ аргіогі объясненнымъ и право собственности на плоды. Вслѣдствіе несовершенства правопорядка можетъ каждому приключиться, что онъ безъ вины съ своей стороны сочтетъ чужіе доходы за свои собственные. Нашъ институтъ желаетъ устранить разрушительное вліяніе такой ошибки. Кто можетъ предложить для этого лучшее и болѣе простое средство, нежели юридическая санкція хозяйственнаго плана владѣльца, т.-е. норма, по которой чужіе плоды, положенные въ основаніе хозяйственнаго плана владѣльца, какъ его собственные, и со стороны права признаются за его собственность? Та юридическая болѣзнь хозяйства, которая возникаетъ изъ трудно устранимыхъ несовершенствъ организаціи собственности и которая состоитъ

въ юридическомъ отравленіи хозяйства введеніемъ въ него чужихъ доходовъ, подвергается радикальному исцѣленію. Ошибочный хозяйственный планъ относительно плодовъ дѣлается хозяйственно безошибочнымъ. Эта мѣра дѣйствуетъ столь же рѣшительно, какъ если бы страховое учрежденіе было въ состояніи вмѣсто сгорѣвшаго, необходимаго для хозяйства зданія, моментально заставить появиться новое такое же зданіе.

Вмѣсто этого предлагаютъ конструировать особое право, дозволеніе потребленія (*Consumptionsbefugnis*) для добросовѣстнаго владѣльца. Уже само по себѣ такое право возбуждаетъ сомнѣнія; это право особеннаго типа, который вообще неизвѣстенъ гражданскому праву. Кромѣ того, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ дозволеніемъ, уполномочіемъ (*Befugnis*), о которомъ получившій разрѣшеніе по самому понятію *bona fides* не можетъ знать. Дозволенія имѣютъ особую психическую цѣль, которая недостижима въ томъ случаѣ, если не доходить до свѣдѣнія тѣхъ, на которыхъ они должны оказать психическое воздѣйствіе. Далѣе, мы показали выше, что къ этому дозволенію должны присоединиться многія позитивныя постановленія, чтобы избѣгнуть хозяйственныхъ замѣшательствъ etc.

Теперь мы можемъ просто сказать: чтобы устранить всѣ разрушительныя послѣдствія ошибки въ хозяйственномъ планѣ, право должно выработать цѣлую массу постановленій, которыя вмѣстѣ составляютъ то правно-экономическое свойство плодовъ, на которое опирался хозяйственный планъ владѣльца. Но всѣ эти постановленія содержатся въ понятіи „собственность“. Произнесши это знаменательное слово, право освобождается сразу отъ всей возможной патологіи хозяйственной жизни, возникающей изъ *bona fide fructus percipere* и отъ необходимости устанавливать для каждаго рода болѣзненныхъ явленій особыя цѣлебныя средства. Для права нѣтъ болѣе необходимости предвидѣть и устранять всевозможные регрессы противъ незнающаго владѣльца. Если незнающій владѣлецъ продастъ, заложитъ плоды или установитъ на нихъ иныя вещныя права, то эти права дѣйствительны и владѣлецъ свободенъ отъ неожиданныхъ регрессовъ. Но регрессъ означаетъ въ хозяйственно-юридической жизни два процесса и два имущественныя поврежденія. А здѣсь регрессы были бы вполне неожиданными, непредвидѣнными. Далѣе, если право владѣльца на плоды кѣмъ-либо нарушено, то для объективнаго права

нѣтъ необходимости для каждаго случая выдумывать новые иски, какъ это, напр., дѣлаетъ Görpert. Да и трудно конструировать достаточное число исковъ на тотъ случай, если различныя правонарушенія происходятъ до apprehensio плода со стороны владѣльца. Слово собственность устраняетъ здѣсь всѣ затрудненія. Оно даетъ всѣ обыкновенные иски собственника уже на время до овладѣнія отдѣленнымъ плодомъ. Далѣе, если не признать за добросовѣстнымъ владѣльцемъ права собственности на плоды, то необходимо установить границу во времени для всей массы виндикацій собственника. Если одно животное произведетъ на свѣтъ 5 дѣтенышей, то появляются 5 виндикацій; потомство этихъ дѣтенышей порождаетъ новые иски и т. п. Если же признать за владѣльцемъ право собственности на плоды, то возможна лишь одна ограниченная во времени виндикація со стороны собственника.

Говорятъ: римское право даетъ одною рукою, чтобы взять обратно другою. Это неправильно какъ съ матеріальной, такъ и съ формально-юридической точки зрѣнія. Обязательство не въ состояніи взять обратно права собственности и его послѣдствій. Это положеніе, формальная правильность котораго не подлежитъ сомнѣнію, имѣетъ важное матеріальное значеніе. Какъ можетъ личное обязательство возратить *fructus extantes*, сдѣлать бесполезными указанныя выше, но не исчерпанныя, послѣдствія права собственности? Это обязательство не лишаетъ добросовѣстнаго владѣльца возможности устанавливать дѣйствительныя вещныя права, пользоваться полною защитою права собственности, оно не отнимаетъ у него обезпеченія противъ непредвидѣннаго вреда отъ регрессовъ третьихъ лицъ и виндикацій собственника, которые всѣ исключены послѣ *usucapio*, отчужденія или гибели плодоносной вещи. Обязанность возратить *fructus extantes* лишаетъ добросовѣстнаго владѣльца обыкновенно лишь незначительной части его обогащенія.

Но суть дѣла въ томъ, что это лишеніе происходитъ безъ вреда для народнаго хозяйства. Не о томъ слѣдуетъ толковать, что право даетъ добросовѣстному владѣльцу или беретъ у него, а о томъ, что право дѣлаетъ для общаго блага. Прочность хозяйства и правильное функционированіе его, не нарушаемое неожиданными и разрушительными опасностями, даны нашимъ институтомъ и не взяты назадъ возвращеніемъ *fructus extantes*. Въ нашемъ институтѣ такъ же неумѣстно

говорить о даяніи и взятіи обратно, какъ въ институтѣ *tignum iunctum*, въ институтахъ *implantatio*, *inaedificatio*, *iunctio* etc. или въ институтѣ *specificatio*, поскольку приобрьвшій право собственности по правиламъ этихъ ученій обязанъ возмѣстить убытки или цѣнность матеріаловъ тому, кто лишается права собственности въ его пользу. Кто застроить краденное бревно въ свой домъ, тотъ долженъ уплатить двойную стоимость матеріала. Тѣмъ не менѣе нельзя сказать, чтобы законъ XII таблицъ давалъ одною и отнималъ другою рукой. Законъ XII таблицъ достигаетъ безъ всякаго обратнаго нарушенія разумной цѣли: *ne aedificia diruantur, ne cultura turbetur* ¹⁾.

§ 23. G. Историческіе вопросы.

Изъ предыдущаго изложенія видно, что положеніе *bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit* осуществляетъ въ своей области важный народно-хозяйственный постулатъ относительно правильнаго гражданско-правового распредѣленія благъ. Этотъ постулатъ не принимается во вниманіе современною юриспруденціей и не обсуждается экономической наукою. Возникаетъ вопросъ: возможно ли, чтобы римскіе юристы въ эпоху, когда еще не существовало экономической теоріи и научной хозяйственной политики, эту теоретическую и отвлеченную идею уразумѣли, оцѣнили и сознательно осуществили въ институтѣ приобрьтенія плодовъ?

Наше мнѣніе таково: римскіе юристы сами не понимали

¹⁾ Этотъ § представляетъ почти дословный переводъ соответственнаго §-а въ *Fruchtvertheilung*. Несмотря на то, въ рецензії Эртмана послѣ изложенныхъ и рассмотрѣнныхъ выше замѣчаній его противъ моего опредѣленія экономической функціи института приобрьтенія плодовъ читаемъ: „И далѣе: если *restitutio* (потребленныхъ плодовъ) дѣйствительно должна была быть вполне исключенною, то было бы излишне и сбивчиво на этомъ основаніи давать владѣльцу право собственности на плоды, между тѣмъ какъ того же результата можно было достигнуть проще путемъ исключенія его отвѣтственности по *vindicatio* или *condictio* собственника“ (стр. 584). Настоящій § предназначенъ для разъясненія этого недоумѣнія. Противъ моей аргументаціи критикъ ничего не возражаетъ, а только возбуждаетъ вопросъ, какъ будто онъ ему впервые пришелъ въ голову по поводу моей теоріи и могъ создать для нея непредвидѣнные затрудненія. Это можно объяснить развѣ тѣмъ, что авторъ рецензії при составленіи ея забылъ о настоящемъ §-ѣ

экономическаго значенія нашего института, тѣмъ не менѣе на практикѣ они правильно осуществили изложенный постулатъ. Это мнѣнiе не такъ парадоксально, какъ бы могло показаться съ перваго взгляда. Если мы обозримъ настоящія и прошедшія человѣческія учрежденія, то ясно убѣдимся, что важнѣйшія изъ нихъ произошли не путемъ сознательнаго и цѣлевого созданія ихъ людьми, а путемъ бессознательнаго зарожденія и роста въ силу бессознательныхъ общественно-культурныхъ причинъ. Институтъ частной собственности или предшествующія въ исторіи культуры формы обладанія, моногамическій бракъ или предшествующія формы регулированія семейно-половой сферы, государственное уголовное право или предшествующія формы реакціи противъ злодѣяній etc.—не были созданы и развиты благодаря теоретическому пониманію ихъ значенія и общественно-культурнаго смысла. Теоретическая наука изслѣдуетъ здѣсь лишь *ex post* научное обоснованіе случившагося. То же явленіе встрѣчаемъ мы во всѣхъ областяхъ животнаго и человѣческаго міра. Математики констатировали, что пчелы строятъ соты математически правильно, выбирая такую именно геометрическую форму, которая при *мінімум* издержки труда и воска вмѣщаетъ *максимум* меду. Эстетики лишь въ новѣйшее время открыли и теоретически обосновали тѣ архитектурныя правила, которыя уже примѣнялись въ древней Греціи, между тѣмъ какъ прежде греческія архитектурныя кривыя лініи считались неправильными. Правила обращенія въ обществѣ развились не изъ теоретическихъ, сознательныхъ положеній, а путемъ бессознательно удачнаго выбора поведенія, создаваемого и одобряемого массовымъ опытомъ. Точно также не цѣль, т.-е. сознаніе и желаніе благихъ результатовъ, не сознательное творчество, а бессознательное приспособленіе дали жизнь великимъ институтамъ права, на которыхъ зиждутся общественная жизнь и культура человѣчества. Приспособленіе это происходило путемъ накопленія массы опыта, путемъ накопленія инстинктивнаго отвращенія къ однимъ поступкамъ или общественнымъ явленіямъ, ведущимъ за собою вредныя послѣдствія (напр., ложь, кража, обманъ) и кристаллизаціи уваженія и симпатіи къ другимъ явленіямъ, ведущимъ въ массѣ случаевъ къ благимъ результатамъ (напр., уваженіе къ исполненію заключеннаго договора, признаніе чужого обладанія, подчиненіе авторитету

старѣйшинъ etc.). Отсюда вѣра въ необходимость одного рода поведенія и соотвѣтственныхъ правилъ общежитія, скрѣпляемая обыкновенно санкціею религіи, съ одной стороны, вѣра въ запрещенность и безбожность другого рода поведенія, возмущеніе и озлобленная реакція противъ соотвѣтственныхъ поступковъ, съ другой стороны. Не сознательный расчетъ относительно будущаго отдѣльныхъ умныхъ людей, а коллективный, массовой опытъ, воздѣйствіе уже совершившихся фактовъ въ теченіе многихъ поколѣній на массовые чувства и инстинкты порождаютъ такимъ образомъ предписанія и запрещенія общежитія. Не иначе возникли и развивались и основы римскаго права. И римскіе юристы, дополнявшіе и развивавшіе частности и подробности своего права, осуществляли не сознательную политику, основанную на пониманіи и предвидѣніи общественнаго значенія создаваемыхъ ими нормъ, а главнымъ образомъ выраженіе безсознательной, инстинктивной народной мудрости, какъ естественнаго продукта массового опыта. Поскольку же къ этой функціи примѣшивалось и болѣе индивидуализированное творчество юриспруденціи, какъ таковой, какъ особаго класса народа, обладающаго особыми воззрѣніями и техническими познаніями, то и здѣсь творческое значеніе слѣдуетъ приписать не столько пониманію функціи и цѣли тѣхъ абстракцій, которыя называются институтами права, сколько классовому юридическому опыту, составляющему отраженіе большихъ массъ конкретныхъ, уже совершившихся *species facti* и ихъ рѣшеній. Римскіе юристы не обсуждали даннаго или даже имѣющаго возникнуть института права съ точки зрѣнія единой совокупности его общихъ положеній и его воздѣйствія на массовыя явленія и въ частности на народное хозяйство, а имѣли дѣло съ конкретными случаями и отношеніями между субъектами частныхъ хозяйствъ, создавая конкретныя рѣшенія (а не институтъ права, какъ таковой) для и въ виду этихъ дѣлъ (а не для и въ виду народнаго хозяйства). Естественно, что при обсужденіи этихъ конкретныхъ, частно-хозяйственныхъ отношеній юристы стремились создать для нихъ и обосновать какъ либо юридически сообразное рѣшеніе, удовлетворяющее инстинктивному чувству справедливости и практическимъ интересамъ и нуждамъ конкретныхъ сторонъ, и старались по возможности избѣгнуть рѣшеній, поражающихъ въ конкретномъ

случаѣ своею несообразностью. При этомъ мы не отрицаемъ возможности и даже считаемъ вполне естественнымъ, что въ умахъ юристовъ по поводу конкретныхъ случаевъ часто возникали такіа частно-хозяйственныя соображенія, которыя вполне параллельны съ народно-хозяйственнымъ значеніемъ того института, каковой въ будущемъ долженъ былъ возникнуть, какъ отложеніе и кристаллизація массы частныхъ рѣшеній. Такъ, напр., римскій юристъ, разсматривавшій дѣло Гая съ Сеемъ по поводу доходовъ *fundus Sempronianus*. находившагося въ добросовѣстномъ владѣніи Сея, могъ сознавать разорительныя послѣдствія требованія возвращенія *fructus consumpti* для даннаго отвѣтчика и стремиться найти и обосновать такое рѣшеніе, которое бы спасло Сея отъ гибели, несмотря на свое уваженіе къ собственности и ея правамъ. Но такихъ частно-хозяйственныхъ соображеній по поводу конкретныхъ случаевъ отнюдь нельзя отождествлять съ народно-хозяйственной сознательною политикою, а въ соотвѣтственныхъ конкретныхъ рѣшеніяхъ нельзя видѣть сознательнаго созданія новаго института ради опредѣленныхъ будущихъ результатовъ для общества. Такое отождествленіе было бы не только принципиально неправильнымъ, теоретически ошибочнымъ, но и мѣшало бы пониманію тѣхъ практическихъ силъ и реальныхъ фактовъ, которые опредѣляютъ развитіе права, и вело бы при желаніи подражать „методу римскихъ юристовъ“ къ практическимъ ошибкамъ. Дѣло въ томъ, что созданіе нормъ права на основаніи конкретныхъ случаевъ и стремленіе дать удачное и цѣлесообразное рѣшеніе для конкретнаго случая само по себѣ можетъ навести не только на истинный, но и на ложный путь. Частные интересы Сея или Тиція въ конкретномъ дѣлѣ могутъ отнюдь не совпадать съ благомъ общества и въ частности съ пользою народнаго хозяйства; обстоятельства конкретнаго казуса могутъ отнюдь не совпадать съ типическимъ, имѣющимъ преобладающее значеніе въ массѣ случаевъ обликомъ извѣстнаго рода отношеній, а рѣшеніе, могущее весьма понравиться въ данномъ конкретномъ дѣлѣ, можетъ быть весьма зловреднымъ, если его превратить въ общую норму права. А между тѣмъ для общества требуются общія юридическія нормы, а не калейдоскопъ рѣшеній, соотвѣтствующихъ индивидуальнымъ особенностямъ каждаго конкретнаго случая. Сами по себѣ частно-хозяйственныя сообра-

женія по поводу конкретных дѣлъ не могутъ создать и основать общихъ разумныхъ нормъ права. Если римское право развивалось удачно путемъ конкретныхъ рѣшеній, то это слѣдуетъ объяснить вовсе не соображеніями римскихъ юристовъ по поводу конкретныхъ случаевъ, а массовымъ воздѣйствіемъ житейскихъ фактовъ, ведущимъ къ торжеству и жизнеспособности рѣшеній удачныхъ въ массѣ случаевъ и устраняющимъ положенія, можетъ быть, удачныя въ конкретныхъ дѣлахъ, ихъ породившихъ, но дискредитируемыя преобладающею массою опыта. Рѣшали и направляли развитіе права и производили кристаллизацію однообразныхъ общихъ нормъ и единыхъ институтовъ изъ массъ разнообразныхъ рѣшеній во всякомъ случаѣ не абстрактныя умствованія относительно народно-хозяйственныхъ явленій, а бессознательная массовая оцѣнка фактовъ.

Не отрицаемъ мы даже и того, что послѣ зарожденія и болѣе или менѣе ясной и прочной кристаллизаціи общихъ институтовъ и нормъ права изъ хаоса частныхъ воззрѣній, стремленій и рѣшеній римскіе юристы размышляли объ этихъ институтахъ, какъ таковыхъ, т.-е. какъ общихъ и абстрактныхъ принципахъ, и часто создавали соотвѣтственныя общія теоріи. Точно также естественно, что эти теоріи подчасъ служили основаніемъ и источникомъ дальнѣйшихъ рѣшеній такихъ случаевъ и вопросовъ даннаго института, для которыхъ еще не создавалась опредѣленная норма. Но и къ такимъ теоріямъ нужно относиться весьма критически и скептически, какъ со стороны ихъ научности и дѣльности, такъ и со стороны ихъ фактическаго значенія и вліянія на развитіе права. Научной глубины и правильности при опредѣленіи общественной функціи и значенія институтовъ права, въ частности умѣнія опредѣлить народно-хозяйственное основаніе и вліяніе институтовъ имущественнаго права отъ Римлянъ ожидать нельзя. Поэтому ихъ теоріи вели бы скорѣе къ поверхностнымъ и неудачнымъ рѣшеніямъ, нежели къ разумному усовершенствованію и здоровому развитію институтовъ. Но на самомъ дѣлѣ и эти теоріи оказывались обыкновенно безсильными, если онѣ вели къ рѣшеніямъ, противнымъ внушительной, хотя и бессознательной тенденціи массового опыта, если массы фактовъ дискредитировали соотвѣтственныя рѣшенія. Въ борьбѣ за юридическое существованіе побѣда въ концѣ концовъ доставалась

не тѣмъ положеніямъ, которыя истекали изъ болѣе или менѣе наивныхъ и поверхностныхъ теоретическихъ воззрѣній юристовъ на институтъ, а тѣмъ, которые на дѣлѣ оправдывались и требовались общественно преобладающею массою фактовъ ¹⁾.

Историческія данныя относительно института приобрѣтенія плодовъ, несмотря на ихъ скудость, представляютъ подтвержденіе высказанныхъ выше взглядовъ. Нашъ институтъ принадлежитъ къ числу такихъ, для которыхъ римскіе юристы создали (весьма неудачную) объяснительную и оправдательную теорію, и при томъ теорія эта играла въ свое время извѣстную роль при рѣшеніи частныхъ вопросовъ, но въ концѣ концовъ институтъ достигъ правильнаго развитія вопреки ложной теоріи.

Уже выше мы привели мѣсто, гдѣ указывается основаніе приобрѣтенія плодовъ при *b. f. possessio*. Это — § 35 I. de *reg. div.* 2,1, гдѣ говорится:

„*naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura*“...

Точно также выше мы указали, что эта теорія въ высшей степени наивна и поверхностна сама по себѣ, и убѣдились, что догматическія правила нашего института вовсе съ нею несогласны и что они вполнѣ удачно и послѣдовательно приноровлены вопреки этой теоріи къ такой дѣйствительной функціи института, которая съ принципомъ *cultura et cura* не имѣетъ ничего общаго. Такимъ образомъ въ правѣ Юстиніана, представляющемъ окончательный результатъ развитія, теорія *cultura et cura* играетъ роль *falsa demonstratio, quae non nocet nec prodest*. ²⁾

¹⁾ Во избѣжаніе возможныхъ недоразумѣній считаемъ нужнымъ особо оговориться, что здѣсь рѣчь идетъ не о юридическихъ теоріяхъ въ смыслѣ установленія общихъ юридическихъ понятій или принциповъ. Здѣсь уже юристъ Павелъ предостерегалъ: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (I. 1 D. 50,17).

²⁾ Вредною она оказалась лишь для современной романистической науки, поскольку однихъ изъ ея представителей она подчинила своему ложному авторитету, а другихъ заставляетъ вѣрить въ интерполяціонную теорію. Изъ предыдущаго видно, что исходная точка защиты интерполяціонной теоріи со стороны Пернуса, а именно указаніе на нелогичность § 35 I. *cit.* (гдѣ съ одной стороны выставляется теорія *cultura et cura*, а съ другой стороны приводятся правила института, съ нею несогласныя) покоится на его принципиально отличномъ отъ нашего взглядѣ на теоріи римскихъ юристовъ и на отношеніе ихъ къ положительному римскому праву.

Изъ другихъ мѣстъ источниковъ видно, во-первыхъ, что она не представляетъ изобрѣтенія Юстиніана (компиляторовъ), а является традиціоннымъ взглядомъ прежнихъ римскихъ юристовъ, и, во-вторыхъ, что она прежде играла роль не только наивнаго теоретическаго взгляда, но и исходной точки для практически неудачныхъ рѣшеній.

Такъ Помпоній выводилъ изъ нея заключеніе, что добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ не всѣ плоды, а только тѣ, которые произведены благодаря *cultura et cura* владѣльца.

Pomponius libro vicesimo secundo ad Quintum Mucium: Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur (l. 45 D. de usur. 22. 1).

Это мѣсто весьма знаменито въ исторіи романистической литературы. Со времени Глоссы до новѣйшаго времени на немъ опиралась теорія, по которой добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ по Юстиніанову праву только такъ наз. *fructus industriales*. Эту теорію можно теперь считать окончательно опровергнутою, поэтому мы не будемъ предпринимать противъ нея излишней полемики. Замѣтимъ только, что раздѣленіе плодовъ на *fructus industriales* и *mere naturales*, которое еще и теперь часто фигурируетъ въ ученіи о плодахъ, представляется ошибочнымъ даже въ томъ случаѣ, если бы мнѣніе Помпонія имѣло значеніе для Юстиніанова права. Дѣло въ томъ, что съ точки зрѣнія Помпонія вовсе не важно то обстоятельство, произошли ли плоды благодаря человѣческой *industria*, или они произведены природою безъ содѣйствія человѣка, а имѣеть только значеніе вопросъ, самъ ли владѣлецъ произвелъ плоды или кто другой. *V. f. possessor* не приобрѣтаетъ плодовъ, посѣянныхъ другимъ, хотя эти продукты—*fructus industriales* въ смыслѣ романистической науки. Такимъ образомъ традиціонная въ учебникахъ римскаго права рубрика изложенія о *fructus industriales* и *mere naturales* должна быть исключена не только съ точки зрѣнія догмы, но и исторіи римскаго права.

Въ новѣйшей литературѣ много говорится о рѣшеніи Помпонія для другихъ цѣлей. А именно теперешніе романисты стараются устранить противорѣчіе, которое существуетъ между

этимъ фрагментомъ и другими мѣстами, которыя отрицають значеніе различія между плодами, произведенными владѣльцемъ и имъ не произведенными (ср., напр., l. 48 pr. D. de a. r. d. 41,1). Нѣкоторые писатели ¹⁾ объясняютъ различіе между этими двумя видами плодовъ въ рѣшеніи Помпонія не съ точки зрѣнія ученія о правахъ добросовѣстнаго владѣльца, а съ точки зрѣнія правилъ о дареніи между супругами. Одаренный супругъ, по этому мнѣнію, приобретаетъ въ рѣшеніи Помпонія плоды не въ качествѣ владѣльца участка, а какъ дареніе. Это объясненіе опирается главнымъ образомъ на l. 8 C. de don. i. v. et u. 5,16.

Si fructus eorum praediorum, quae in dotem accepisse te dicis, matrimonii tempore uxorem tuam percipere passus es eosque uxor tua absumpsit, restitui tibi post divortium oportere nulla ratione contendis. sin autem ab his locupletior facta est, in tantum potest conveniri.

На основаніи этого рѣшенія объясняютъ фрагментъ Помпонія въ томъ смыслѣ, что *fructus mere naturales* всегда влекутъ за собою обогащеніе и слѣдовательно подходятъ подъ запрещеніе даренія между супругами; напротивъ, дареніе *fructus industriales* дѣйствительно, потому что одаренный супругъ сдѣлалъ на ихъ производство затраты изъ своего имущества.

Это толкованіе слѣдуетъ безусловно отвергнуть. Оно исходитъ изъ предположенія, по меньшей мѣрѣ страннаго, будто люди производятъ *fructus industriales* безъ пользы и прибыли для себя, будто при производствѣ *fructus industriales* издержки поглощаютъ всю прибыль, такъ что нѣтъ мѣста для обогащенія.

На самомъ дѣлѣ различіе между *fructus industriales* и *naturales* (независимо отъ указанной выше ошибочности этой терминологіи) для понятія обогащенія и слѣдовательно для правилъ о дареніи между супругами не можетъ имѣть никакого значенія, потому что, съ одной стороны, *fructus industriales* обогащаютъ въ размѣрѣ чистаго дохода, а, съ другой стороны, и *fructus naturales* могутъ не оставить обогащенія.

Далѣе, въ l. 8 C. cit. рѣчь идетъ объ обязательственныхъ отношеніяхъ, о возвращеніи обогащенія, а въ рѣшеніи Помпонія о приобрѣтеніи права собственности.

¹⁾ Ср. Puchta, Inst. II § 242; Göppert, стр. 334 и сл.; Pernice l. c. стр. 358.

Наконецъ, въ l. 8 C. cit., гдѣ не участокъ является предметомъ (капиталомъ) даренія, а сами сельско-хозяйственные продукты, послѣдніе подчиняются правиламъ не *fructus rei donatae*, не доходовъ отъ подаренной вещи, а *res donatae* (капитала даренія). Между тѣмъ въ рѣшеніи Помпонія говорится о *fructus rei donatae*. Этихъ различныхъ явленій отнюдь нельзя смѣшивать, потому что правила о дареніи между супругами совсѣмъ различны для капитала и доходовъ. Рѣшеніе Помпонія можно съ этой точки зрѣнія сопоставить съ l. 17 D. de don. i. v. et u. 24,1:

De fructibus quoque videamus, si ex fructibus praediorum quae donata sunt locupletata sit (uxor), an in causam donationis cadant. et Iulianus significat fructus quoque et usuras licitam habere donationem (ср. l. 16, l. 15 eod. etc.),

а отнюдь не съ l. 8 C. cit. ¹⁾.

Во всякомъ случаѣ, если бы даже удалось устранить рѣшеніе Помпонія объ одаренномъ супругѣ, какъ къ нашему институту не относящееся, то все-таки остаются слова „*sicuti ne cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur*“, которыя достаточно ясно доказываютъ, что Помпоній выводилъ въ случаѣ *bonae fidei possessio* практическія послѣдствія изъ принципа *cultura et cura*.

Это единственно здѣсь важное для насъ положеніе не устраняется и въ томъ случаѣ, если слова *ne cuiuslibet* толковать не въ ихъ естественномъ и простомъ смыслѣ (= *ne cuiusquam* = *nullius*), а въ томъ смыслѣ, что Помпоній приписываетъ право собственности на *fructus naturales* не всякому добросовѣстному владѣльцу ²⁾.

Но вообще съ научной точки зрѣнія гораздо было бы правильнѣе признать простой и ясный смыслъ текста рѣшенія Помпонія, а именно тотъ фактъ, что онъ одареннаго

¹⁾ Ср. L. v. E. I, стр. 22 и сл. Вообще критикуемое толкованіе находится въ связи съ неправильною господствующей теоріей плодовъ.

²⁾ Ср. Pernice cit., Көррен стр. 104 и сл.; Zyhlarz, стр. 483 и сл. Это искусственное толкованіе открываетъ въ свою очередь поле для гаданій на тему, какихъ *b. f. possessores* Помпоній имѣлъ въ виду. Бринцъ предполагаетъ (стр. 103 и сл.) различіе между бонитаріями и добросовѣстными владѣльцами, Pernice—различіе между *iusta* и *iniusta possessio*, Karlowa (*Rechtsgeschichte* II B. 1-te Abth. стр. 422) — различіе между владѣльцами съ титуломъ и безъ титула.

супруга обсуждаетъ, какъ добросовѣстнаго владѣльца, и приписываетъ ему, также какъ и прочимъ добросовѣстнымъ владѣльцамъ, право собственности только на продукты его производства. Содержащееся въ этомъ признаніи наличности противорѣчія въ *Corpus iuris*—гораздо менѣе „отчаянная“ научная мѣра, нежели всевозможныя искусственныя толкованія и невѣроятныя теоріи, созданныя для устранения этого противорѣчія ¹⁾.

Кромѣ самого текста l. 45 cit. въ пользу этого у насъ случайно есть особыя историческія данныя, а именно изъ другихъ мѣстъ источниковъ видно, что въ эпоху Помпонія и Юліана дѣйствительно существовало мнѣніе, по которому добросовѣстному владѣльцу принадлежитъ право собственности только на тѣ плоды, которые *ex facto eius nascuntur*.

Противъ этой теоріи направлена полемика Юліана въ l. 25 D. de usur. 22, 1 (. . . *omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur . . . si totum fundum alienum quis*

¹⁾ Pernice l. c. стр. 358 называетъ нашъ фрагментъ „отчаяннымъ“ („das verzweifelte fr. 45 de usur...“) и употребляетъ соотвѣтственныя усилія для того, чтобы его одолѣть. Для этой цѣли онъ съ точки зрѣнія Юстиніанова права признаетъ правильною отвергнутую выше теорію о примѣненіи правилъ даренія между супругами и отсутствіи обогащенія въ случаѣ *fructus industriales*. Страннымъ образомъ въ подтвержденіе приводитъ онъ кромѣ l. 8 C. cit. также l. 17 D. de don. cit. (ср. выше въ текстѣ), которая именно свидѣтельствуетъ о разнорѣчии между Юліаномъ и Помпоніемъ и объ антиноміи въ *Corpus iuris*. Но такъ какъ этимъ не устраняются еще прочія историческія затрудненія, создаваемыя фрагментомъ Помпонія, то онъ обращается и къ предположенію, что слова *pec. cuiuslibet* слѣдуетъ толковать въ смыслѣ „не всякій“ владѣлецъ... и высказываетъ упомянутую выше гипотезу о различіи *iusta* и *iniusta possessio*. Затѣмъ онъ самъ признается, что и это еще мало удовлетворяетъ. Поэтому онъ считаетъ естественною мыслью объ интерполяціи. Въ виду „отчаянности“ мѣста, конечно, объ открытіи здѣсь интерполяціи позаботились соотвѣтственные специалисты уже раньше (Eisele, Ubbelohde). Ubbelohde уже догадался, о чемъ шла рѣчь въ подлинномъ текстѣ, а именно онъ предполагаетъ, что Помпоній говорилъ объ *usureceptio* и *pro herede usucapio*. Пернисъ находитъ мысль, что въ подлинномъ текстѣ шла рѣчь объ устарѣвшихъ явленіяхъ права и что компиляторы „легкомысленно“ измѣнили текстъ, весьма достойной вниманія.

Мы тоже видимъ въ наличности фрагмента Помпонія въ Дигестахъ недосмотръ кодификаторовъ; но этотъ промахъ состоитъ не въ интерполяціи, а, напротивъ, въ упущеніи необходимой для устранения противорѣчія интерполяціи или точнѣе въ помѣщеніи самого фрагмента, представляющаго не дѣйствующее право, а устарѣвшее мнѣніе, въ компиляцію.

sciens possideat, nulla ex parte fructus suos faciat, quoquo modo sati fuerint . . . In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi: an Titius bonae fidei emptor perceptos fructus suos faciat? (стало бытъ, было сомнительно) respondi . . . cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent).

Вся эта полемика тогда только и дѣлается понятною и уясняется ея поводъ и основаніе, если мы сопоставимъ ее со словами Помпонія:

Fructus suos facit illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo.

Между тѣмъ какъ во время Юліана и Помпонія еще существовали сомнѣнія и разногласія, въ эпоху Павла теорія, которую защищаль Помпоній, считалась уже несомнѣнно ошибочною. Въ такомъ смыслѣ ее спокойно и категорически отвергаетъ Павелъ въ l. 48 pr. D. de a. r. d.:

Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet loco domini paene est.

Отсюда видно, что l. 45 D. de usur. не только не должна приводить историковъ римскаго права въ отчаяніе и побуждать ихъ къ отчаяннымъ и ненаучнымъ попыткамъ выхода изъ существующаго будто затрудненія, а, напротивъ должна радовать, какъ разъясненіе и подтвержденіе прочихъ историческихъ матеріаловъ.

Теорія ограниченія приобрѣтенія плодовъ сообразно съ принципомъ „diligentia et opera“ или, что то же, „cultura et cura“ дѣйствительно существовала и находила защитниковъ среди римскихъ юристовъ и при томъ теорія эта относилась не къ какому либо спеціальному виду добросовѣстнаго владѣнія, какъ предполагаетъ Пернисъ и другіе, а вообще къ b. f. possessores. Для краткой характеристики этого и противоположнаго взгляда развилась даже особая терминологія, гораздо болѣе правильная, нежели новыя выраженія: fructus industriales—mere naturales, а именно: ius seminis—ius soli.

Не безынтересна аргументація Юліана, защищающаго приобрѣтеніе iure soli. Она состоитъ изъ ничего не доказы-

вающихъ аналогій и *petitiones principii*. Онъ защищалъ вполне удачное практически положеніе, но теоретически его обосновать и оправдать онъ не былъ въ состояніи. Что Юліанъ былъ далекъ отъ цивильно-политическаго пониманія нашего института, доказываетъ его рѣшеніе о дѣйствиіи возникшаго впоследствии знанія владѣльца о чужомъ правѣ (ср. выше стр. 24). Онъ рѣшаетъ, что первоначальный *bonae fidei possessor*, несмотря на *mala fides superveniens*, приобретаетъ плоды дальше до момента *evictio*. Въ виду изложеннаго выше смысла института излишне распространяться о томъ, какъ мало такое рѣшеніе соответствуетъ экономическому назначенію приобрѣтенія плодовъ. Замѣчательно, что и здѣсь Помпоній защищалъ мнѣніе, противоположное мнѣнію Юліана (ср. выше стр. 21), но въ данномъ случаѣ былъ правъ Помпоній, хотя его рѣшеніе не соответствовало его теоріи *cultura et cura* и онъ не могъ его теоретически оправдать. Въ послѣдующую классическую эпоху неправильное мнѣніе Юліана о *mala fides superveniens* было устранено и восторжествовало то положеніе, которое защищалъ Помпоній. Обратное случилось съ ихъ рѣшеніями по вопросу о *ius seminis* и *ius soli*. Гражданско-политически удачныя положенія въ борьбѣ за существованіе съ неудачными восторжествовали, хотя они были инстинктивно, безсознательно удачными, а не сознательно правильными, хотя ихъ подсказывало вовсе не пониманіе общественнаго значенія института и желаніе соответственно образовать его частныя положенія.

Точно также мы имѣемъ доказательства того, что право приобрѣтенія плодовъ первоначально римскіе юристы распространяли только на самый частый и важный случай *b. f. possessio*, на владѣніе въ видѣ собственности. На это указываетъ *l. 54 D. de a. r. d.* (ср. выше стр. 25), гдѣ Модестинъ въ комментарий *ad Quintum Mucium* утверждаетъ распространеніе правилъ приобрѣтенія доходовъ на путативныя вещныя права пользованія, напр., на путативный узѣфруктъ и *usus*, и это положеніе прямо противопоставляетъ прежнему болѣе ограниченному признанію нашего института (*non solum si nostros putaverimus—владѣніе въ видѣ собственности—sed et si communes aut fructuarios, ut tamen, quod adquisituri non essent, si re vera communes aut usuarii essent, id hodieque non adquirent*). Въ эпоху комментарируемаго имъ преж-

ного юриста не было слѣдовательно признано то общее положеніе, которое пользуется признаніемъ „теперь“ (*hodie*), т.-е. въ эпоху Модестина.

Мало того, предыдущія слова Модестина въ томъ же фрагментѣ говорятъ въ пользу того, что прежде институтъ приобрѣтенія плодовъ признавался только по отношенію къ *bonae fidei emptores*, т.-е. къ важнѣйшему случаю добросовѣстнаго приобрѣтенія владѣнія вещи въ видѣ собственности, къ добросовѣстной куплѣ. Вѣроятно *Quintus Mucius* ограничивался такимъ весьма узкимъ признаніемъ права приобрѣтенія доходовъ и Модестинъ именно его мнѣнію противопоставляетъ утвержденіе относительно современнаго ему права: *non solum si eos emerimus, sed etiam si donati fuerint nobis aut ex dotis nomine aut ex legati pertinere ad nos coeperunt etc.* Что и это положеніе относится лишь къ „*hodie*“, такъ что прежде приобрѣтали плоды только *b. f. emptores*, впрочемъ, только гипотеза. Но въ пользу ея говоритъ и ея объясняется не только приведенное мѣсто, но также и то характерное обстоятельство, что и въ прочихъ мѣстахъ источниковъ, относящихся къ нашему институту, римскіе юристы обыкновенно традиціонно говорятъ „*bonae fidei emptor*“, а не *b. f. possessor*, такъ что защищаемое нами предположеніе не является простымъ гаданіемъ безъ основанія и объяснительной пользы, а обладаетъ легитимацией научной гипотезы.

Въ пользу предположенія, что прежде титулъ приобрѣтенія капитальной вещи не лишенъ былъ значенія для нашего института говоритъ и то, указанное нами выше (стр. 19), обстоятельство, что самостоятельный и независимый отъ способа приобрѣтенія главной вещи *titulus pro suo* для приобрѣтенія продуктовъ есть успѣхъ позднѣйшаго времени.

Но ограниченіе приобрѣтенія плодовъ категоріей *possessio pro emptore* или во всякомъ случаѣ владѣніемъ въ видѣ собственности тоже ясно свидѣтельствуетъ въ пользу того, что не изложенная выше гражданско-политическая теорія дала жизнь нашему институту. Ибо съ точки зрѣнія защищаемого нами постулата распредѣленія нѣтъ никакого основанія для этихъ ограниченій. Изъ теоріи правильнаго дестинатара и народнохозяйственнаго вреда отъ неожиданнаго изъятія *fructus consumpti* мы никоимъ образомъ не можемъ прийти къ узкимъ положеніямъ болѣе древняго римскаго права. Но и теорія

cultura et cura, если бы она была источникомъ нашего института, тоже повела бы сразу къ установленію болѣе общихъ положеній. Вообще историческія данныя на всякомъ шагу компрометируютъ тотъ взглядъ, будто правовые институты римскаго права являются продуктами сознательнаго творчества.

Напротивъ, съ точки зрѣнія высказаннаго выше взгляда о накопленіи и кристаллизаціи массоваго безсознательнаго опыта и о психологическомъ вліяніи количества и вѣса массъ фактовъ — разсмотрѣнныя ограниченія болѣе древняго права вполне понятны. Существованіе ихъ съ нашей точки зрѣнія можно было бы предположить а priori, хотя бы не было эмпирическихъ подтвержденій въ источникахъ. Въ самомъ дѣлѣ, въ какой области общественные факты по своему количеству и значенію могли оказать болѣе интенсивное давленіе въ пользу зарожденія нашего института, какъ не въ области купли-продажи (*nam frequenter ignorantia emimus*), гдѣ, какъ не въ этой области, отсутствіе нашего института на дѣлѣ чаще всего должно было вести за собою факты нанесенія ранъ продуктивно-мѣновому массовому хозяйству и вести къ его недомоганію! Здѣсь естественно (экстенсивно и интенсивно) концентрируется вѣсь безсознательной народно-хозяйственной эмпирики и здѣсь должна была произойти кристаллизація соотвѣтственной смутной тенденціи и превращеніе ея въ соотвѣтственныя нормы права. При наличности этого правового кристалла, зародившагося въ точкѣ самаго сильнаго давленія народной эмпирики, а также въ виду постепеннаго возрастанія нѣжности и сложности строенія частныхъ хозяйствъ и народнаго хозяйства и усиленія вслѣдствіе этого болѣзненности и разрушительности непредвидѣнныхъ хозяйственныхъ ударовъ (ср. выше стр. 139), естественно, что нашъ институтъ потомъ долженъ былъ т. е. распространяться на периферіи давленія, сначала на прочіе случаи добросовѣстнаго приобрѣтенія вещей (путативную собственность), а потомъ и на сравнительно менѣе распространенныя явленія *usus* и *usus fructus putativus*. Мы съ точки зрѣнія сознательной хозяйственно-политической теоріи въ роли законодателя сразу бы установили общій юридическій принципъ для той обширной области, гдѣ нашъ общій постулатъ остается принципиально правильнымъ, гдѣ дѣль нашего института умѣстна и осуществима. Но обычное право развивается не путемъ сознательнаго опредѣленія дѣли и средствъ и вы-

вода изъ нихъ общихъ нормъ права ради будущаго общаго результата, а вслѣдствіе безсознательнаго воздѣйствія массъ фактовъ и по мѣрѣ и въ мѣстахъ накопленія достаточнаго ихъ количества и вѣса, чтобы создать правовые кристаллы.

Окончательный результатъ развитія института пріобрѣтенія плодовъ, какъ мы старались его опредѣлить и доказать въ догматическомъ изложеніи, всѣ частныя положенія его построены такъ, какъ будто они были весьма послѣдовательно и остроумно созданы для осуществленія изложенной во второй части нашего изслѣдованія хозяйственно-политической идеи.

Теряетъ ли эта идея свое значеніе отъ того, что это только „какъ будто“, что на самомъ дѣлѣ римскіе юристы ея не знали и при развитіи института не принимали во вниманіе. Въ глазахъ критиковъ настоящаго изслѣдованія это обстоятельство имѣетъ важное отрицательное значеніе. И при томъ не только противники нашей теоріи пріобрѣтенія плодовъ, но даже и ея рѣшительный приверженецъ Леонардъ видятъ въ этомъ слабость нашего взгляда. Иначе Леонардъ не пытался бы путемъ искусственнаго толкованія словъ *cultura et soga* приписать защищаемую идею Юстиніану и создать для нея такимъ образомъ подтвержденіе въ источникахъ.

По нашему мнѣнію, напротивъ, именно то обстоятельство, что нашъ институтъ помимо сознанія и намѣренія римскихъ юристовъ приноровился къ осуществленію указанной нами функціи, говоритъ въ пользу этой функціи и въ пользу отдѣльныхъ правилъ римскаго права. Ибо здѣсь выражается воздѣйствіе и кристаллизація самихъ общественныхъ фактовъ, а не чьихъ либо умствованій, могущихъ быть ошибочными и требующихъ логической повѣрки. Если бы мы имѣли дѣло съ теоріей какого либо римскаго юриста и дедуктивными выводами изъ нея, то римское право не давало бы намъ ничего болѣе, нежели то, чего и мы путемъ теоретическаго мышленія легко можемъ достигнуть. На самомъ же дѣлѣ римское право даетъ намъ весьма цѣнное благо, котораго бы иначе мы достигнуть не могли, а именно эмпирическое подтвержденіе правильности нашей теоріи въ видѣ отложенія несмѣтной массы фактовъ. Совпаденіе результатовъ нашихъ теоретическихъ выводовъ съ результатомъ безсознательной массовой эмпирики создаетъ особое основаніе для убѣжденія въ правильности нашей теоріи.

Но не только съ гражданско-политической, а и съ исто-

рической точки зрѣнія то обстоятельство, что нашъ институтъ не есть плодъ цѣлевого сознанія и пониманія римскихъ юристовъ, должно не смущать насъ, а скорѣе создавать чувство научнаго удовлетворенія. Иначе при сравненіи римскаго права съ новѣйшими разсужденіями ученыхъ о его положеніяхъ получился бы весьма странный и ненормальный результатъ. Право *Corpus iuris*, напр., весьма удачно рѣшаетъ вопросъ о томъ, какіе владѣльцы пріобрѣтаютъ плоды; новѣйшіе же романисты пытаются ввести и приписать источникамъ разныя ограниченія относительно титула (*Karlowa, Ihering* и др.), требуютъ вопреки яснымъ постановленіямъ источниковъ ограниченія права пріобрѣтенія случаями владѣнія въ видѣ собственности (*Szyhlarz* и др.) etc. Точно также по всѣмъ другимъ вопросамъ нашего института вполне разумному положенію *Corpus iuris* можно противопоставить массу попытокъ современныхъ ученыхъ ввести какое-либо неудачное и не соответствующее функціи нашего института положеніе. Если исходить изъ оспариваемаго нами взгляда на развитіе права, то пришлось бы воскликнуть: Какъ низко упали наши интеллектуальныя способности и въ частности наше цивилизно-политическое мышленіе и сознаніе въ сравненіи съ мышленіемъ римскихъ юристовъ! Какъ неизмѣримо умнѣе были и научнѣе мыслили римскіе юристы, нежели современные ученые! Положимъ, эти восклицанія не покажутся особенно парадоксальными читателю, знакомому съ нашею наукою и ея традиціонными взглядами. Ибо современная наука римскаго права весьма смиренно признаетъ, что римскіе юристы обладали особымъ остроуміемъ и геніальностью въ области творчества права, которыя для насъ едва ли достижимы, что мы въ области правно-политическаго мышленія должны подражать методу римскихъ юристовъ etc. etc.

Но это традиціонныя фразы, которыя только потому переходятъ изъ поколѣнія въ поколѣніе ученыхъ романистовъ, что не было критически изслѣдовано, въ чемъ же состоитъ этотъ знаменитый „методъ“ римскихъ юристовъ и можетъ ли онъ претендовать на громкое названіе „метода“, т.-е. научнаго, сознательнаго и послѣдовательнаго пріема мышленія, и не было обращено вниманія на то, что римскіе юристы не только не работали какого либо „метода“ гражданско-политическаго мышленія, но и не могли этого достигнуть въ виду тогдашняго

состоянія знаній въ области общественныхъ и въ частности экономическихъ явленій.

Представители же другихъ наукъ и въ частности хозяйственной политики или логики и методологіи весьма бы удивились, если бы узнали, что въ области политики гражданского права былъ уже выработанъ римскими юристами правильный и достаточно глубокой „методъ“.

На самомъ дѣлѣ экономическое, правно-политическое etc. сознание и понимание римскихъ юристовъ находилось въ состояніи вполнѣ примитивномъ, и о подражаніи ихъ „методу“ мышленія рѣчи быть не можетъ. Если развитіе римскаго права повело къ блистательнымъ результатамъ, то это слѣдуетъ приписать не положительной силѣ сознанія и научнаго мышленія римскихъ юристовъ, а скорѣе слабости и безсилію этого мышленія въ противопоставленіи его съ бессознательной тенденціей развитія, скорѣе тому обстоятельству, что ихъ личные взгляды о смыслѣ и значеніи отдѣльныхъ институтовъ права рѣдко вліяли на развитіе послѣднихъ, а если въ извѣстныхъ скромныхъ предѣлахъ играли болѣе активную роль и производили мелкія замѣшательства, то со временемъ слѣдовала корректура со стороны бессознательной эмпирики.

Въ громадномъ же большинствѣ случаевъ рѣшенія римскихъ юристовъ, представляющія что либо новое, а не призмѣненіе только уже дѣйствующаго права, являются не продуктомъ какого либо сознательнаго взгляда на цѣль и смыслъ института и не продуктомъ правильного „метода“, а просто результатами практическаго инстинкта или чувства справедливости, какъ бессознательныхъ продуктовъ народной эмпирики. Но нельзя также думать, чтобы ихъ инстинктивное юридическое чувство всегда дѣйствовало вѣрно и удачно. Напротивъ, несомнѣнно римскіе юристы создавали и массы неудачныхъ рѣшеній. Въ *Corpus iuris* не видно всего того несомнѣнно произведеннаго въ свое время хлама негодныхъ и неудачныхъ рѣшеній римскихъ юристовъ, какъ естественныхъ продуктовъ движенія оцупью и наугадъ. *Corpus iuris* представляетъ продуктъ продолжительнаго процесса бессознательной сортировки, сохраняющей годное и устраняющей негодное. При этомъ подъ субъектомъ такой сортировки мы разумѣемъ не кодификаторовъ, а опять-таки бессознательную эмпирику. Но и въ *Corpus iuris* мы видѣли выше примѣры

прежнихъ со временемъ устраненныхъ ошибочныхъ рѣшеній и при томъ не только такихъ, которыя исходили изъ поверхностной и ложной теории *cultura et cura*.

Впрочемъ, возвращаясь къ этой теории, мы должны сдѣлать еще одну оговорку (ср. *Fruchtvertheilung*, стр. 209). Весьма возможно, что трудовая теорія, которая въ нашихъ источникахъ выступаетъ въ роли временной помѣхи правильнаго развитія института, прежде, въ то время, о которомъ не сохранилось историческихъ свидѣтельствъ въ источникахъ, оказывала полезное вліяніе. Возможно, что въ начальную эпоху развитія правъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды теорія *cultura et cura* являлась союзникомъ этого развитія, приводилась какъ аргументъ противъ консервативныхъ защитниковъ строгаго проведенія права собственности. И вполнѣ ложныя и поверхностныя теоріи относительно существующихъ общественныхъ явленій или желательныхъ реформъ въ будущемъ могутъ фактически содѣйствовать прогрессу и улучшенію общественной организаціи, если онѣ, несмотря на ошибочность своихъ посылокъ, ведутъ къ такимъ заключеніямъ, которыя движутся въ направленіи правильнаго развитія и болѣе или менѣе совпадаютъ съ инстинктивными тенденціями общества. Съ другой стороны, опытно-инстинктивныя и болѣе или менѣе смутныя тенденціи развитія обыкновенно содѣйствуютъ появленію такихъ теорій и взглядовъ, которыя движутся въ томъ же направленіи, и одобренію ихъ со стороны современниковъ, хотя бы онѣ были логически крайне несостоятельными. Но современнымъ такія относительно полезныя теоріи дѣлаются вредными, потому что, когда дѣло доходитъ до осуществленія въ дѣйствительности инстинктивныхъ постулатовъ, давшихъ имъ жизнь и силу, онѣ ведутъ къ неправильнымъ послѣдствіямъ и задерживаютъ дальнѣйшее улучшеніе. То же случилось въ исторіи пріобрѣтенія плодовъ съ теоріей *cultura et cura*.

Но и для начала развитія института едва ли можно приписывать трудовой теоріи очень важное значеніе. Лучшимъ доказательствомъ отъ такихъ предметовъ, гдѣ аргументація съ точки зрѣнія *cultura et cura* не была возможна (напр., рабы, городскіе дома etc.), повидимому, развилось не позже, нежели пріобрѣтеніе сельско-хозяйственныхъ продуктовъ. Напротивъ, права добросовѣстнаго владѣльца на эти продукты еще долго

подвергались спорамъ и сомнѣнiямъ въ различныхъ направленихъ, между тѣмъ какъ приобрѣтенiе чрезъ рабовъ, находящихся въ добросовѣстномъ владѣнiи, было уже окончательно регулировано и безспорно признано. Если римскiе юристы желаютъ доказать какое-либо положенiе относительно приобрѣтенiя сельско-хозяйственныхъ продуктовъ, то они опираются на правила о приобрѣтенiи доходовъ отъ рабовъ, какъ на доказательную аналогию (ср. l. 25 § 1, § 2 D. de usuris 22,1; l. 40 D. de a. r. d. 41,1).

Добавленiе I. Въ нѣмецкомъ изданiи этого сочиненiя была сверхъ разсмотрѣнныхъ историческихъ данныхъ изложена гипотеза относительно возникновенiя права собственности владѣльца на плоды. Результатъ этой гипотезы формулированъ на стр. 213 слѣдующимъ образомъ:

„Однимъ словомъ, въ правѣ собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды мы видимъ естественное послѣдствiе постепеннаго ограниченiя *vindicaciones fructuum*. *Restitutio fructus extantes* является остаткомъ прежней самостоятельной *vindicatio fructuum extantium*. Потому *restitutio* эта не разсматривается въ источникахъ, какъ нововведенiе въ пользу *dominium*, а предполагается какъ естественное и традиционное явленiе“.

Противъ этой гипотезы полемизируетъ Oertmann (l. c. стр. 582). Онъ признаетъ, „что собственникъ вещи первоначально признавался собственникомъ плодовъ (несмотря на *b. f. possessio*) и могъ ихъ виндицировать“. Точно также онъ считаетъ вѣроятнымъ, „что права собственника вещи относительно *fructus consumpti* были постепенно устранены въ интересъ *bonae fidei possessor*“. Но ему кажется невѣроятнымъ и непонятнымъ, какъ право собственника вещи на *fructus extantes* изъ самостоятельнаго права собственности превратилось въ побочное требованiе при *vindicatio* главной вещи, какъ притязанiе на *fructus extantes* могло такъ радикально измѣнить свою природу.

Это непониманiе и удивленiе почтеннаго критика въ свою очередь мнѣ совсѣмъ непонятно. Вѣдь, признавая первоначальную собственность и самостоятельную *vindicatio* на плоды собственника главной вещи, а, съ другой стороны, не отрицая, что въ *Corpus iuris* эти права собственника главной вещи не признаются, а признается только побочное

требованіе *fructus extantes* при *vindicatio* главной вещи, почтенный критикъ самъ становится на мою точку зрѣнія и признаетъ то радикальное измѣненіе, которое его удивляетъ. Слѣдовательно, ему остается только удивляться по поводу странности признаваемыхъ имъ историческихъ явленій, радикальности историческихъ измѣненій права, а не по поводу моей гипотезы. Но и здѣсь нѣтъ ничего страннаго. Вѣдь переѣмна была бы гораздо радикальнѣе, если предположить, что собственникъ вещи сразу былъ лишенъ своихъ первоначально абсолютныхъ правъ на плоды, а владѣлецъ сразу получилъ на нихъ право собственности (противъ какового предположенія направлены мои разсужденія въ *Fruchtvertheilung*). Если же предположить, что проведеніе первоначально полнаго права собственности собственника вещи на плоды было путемъ ограниченій исковъ низведено на право виндикаціи *fructus extantes* вмѣстѣ съ главной вещью (противъ чего критикъ не спорить), то юридическое признаніе фактическаго исчезновенія существеннаго содержанія права собственности на плоды на сторонѣ собственника вещи и конструкція побочной *vindicatio fructuum extantium*, какъ *praestatio personalis*, представляетъ весьма мало радикальнаго. Напротивъ, оно такъ же естественно и не радикально, какъ извѣстное признаніе, что субъектъ *ius Quiritium* вслѣдствіе постепеннаго низведенія этого *ius* на *nudum ius* на самомъ дѣлѣ не собственникъ, и что право собственности на самомъ дѣлѣ перешло къ субъекту *in bonis habere*. Дѣло сводится главнымъ образомъ къ признанію болѣе умѣстной юридической формулировки, къ признанію исчезновенія того права, отъ котораго осталась только ничтожная тѣнь.

Если мы здѣсь ограничиваемся сообщеніемъ существа нашей гипотезы, не передавая ея болѣе подробнаго изложенія, то это объясняется не опроверженіемъ Oertmann'a, которое не въ состояніи ея опровергнуть, а тѣмъ обстоятельствомъ, что она все-таки только гипотеза, не могущая быть положительно доказанною, и не обладаетъ достаточно широкою и важною для насъ объяснительною цѣнностью, чтобы заслуживать повторенія здѣсь въ полномъ видѣ.

Въ источникахъ римскаго права слишкомъ много матеріала для недобытыхъ еще полноцѣнныхъ научныхъ приобрѣтеній, чтобы терять время на гипотетическія построенія

относительно формально-юридических измѣненій. Этимъ замѣчаніемъ мы вмѣстѣ съ тѣмъ отвѣчаемъ и на другой упрекъ Oertmann'a по поводу нашего отношенія къ исторіи института приобрѣтенія плодовъ. А именно, онъ упрекаетъ мое изслѣдованіе въ излишней краткости исторической части, находя, что я бы могъ и долженъ былъ подробнѣе изслѣдовать и изложить время появленія и исторію нашего института. Высказывать такіе упреки и предъявлять такія требованія, конечно, весьма не трудно. Еще въ гораздо большей степени ихъ можно направить противъ всѣхъ весьма многочисленныхъ моихъ предшественниковъ, не исключая даже и Чиларжа, хотя направленіе его изслѣдованія почти исключительно историческое, будучи специально посвященнымъ вопросу объ интерполяции текста.

Вмѣсто такихъ упрековъ, едва ли справедливыхъ въ виду сравнительно большого умноженія историческихъ вопросовъ и ихъ рѣшенія въ моемъ изслѣдованіи, критику слѣдовало бы указать, въ чемъ состоятъ тѣ историческія открытія, которыя я еще могъ сдѣлать, т.-е. вкратцѣ сообщить свои новыя историческія мысли. Этого онъ не дѣлаетъ, а только указываетъ на l. 48 § 5.6. D. 47,2, l. 45 D. 22,1 и l. 48 pr. D. 41,1, какъ на матеріалъ, которымъ я могъ бы воспользоваться для историческихъ построений. Почему онъ сообщаетъ мнѣ, какъ новость, объ историческомъ значеніи l. 45 D. 22,1 и l. 48 pr. D. 41,1 мнѣ совсѣмъ непонятно въ виду того, что историческое значеніе этихъ мѣстъ подробно мною разобрано на стр. 205—210 Fruchtvertheilung (ср. выше, стр. 199 и сл.; l. 45 cit.—это именно рѣшеніе Помпонія, гдѣ проведенъ принципъ cultura et cura, l. 48 pr. мнѣнія Павла, отвергающее слѣдующее отсюда ограниченіе приобрѣтенія плодовъ). Что же касается указанія на l. 48 §§ 5. 6. D. 47,2, то оно основано на двойномъ недоразумѣніи. Первый недосмотръ критика состоитъ въ томъ, что онъ полагаетъ, будто я въ Fruchtvertheilung упустилъ изъ виду этотъ фрагментъ и не указалъ своего отношенія къ нему. Между тѣмъ на стр. 93 пр. въ „Fruchtvertheilung“ указано какъ это мѣсто, такъ и его правильное толкованіе (путемъ ссылки на Vangerow § 326 Anm. 2 с. ср. выше стр. 9 пр. 1). Второе недоразумѣніе состоитъ въ томъ, будто это мѣсто даетъ основаніе для особыхъ историческихъ

выводовъ. Положимъ, на немъ Дернбургъ строить предположеніе, что Сабинъ не признавалъ права собственности владѣльца на плоды. А именно въ § 205 пр. 11 его учебника (3-е издание) читаемъ:

„Сабинъ, повидимому, еще не признавалъ права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды. Такъ, кажется, можно объяснить явное противорѣчіе въ l. 48 §§ 5. 6. D. de furtis 47,2 (Ulpianus libro 42 ad Sabinum). Ancilla si subripiatur... concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. idem et in pecudibus servandum est et in fetu eorum, quod in partu (!). Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu. Слѣдуетъ предполагать, что первая часть фрагмента содержитъ мнѣнія Сабина, а заключеніе господствующую во время Ульпіана теорію“.

Oertmann l. с. указываетъ, что я не воспользовался этимъ примѣчаніемъ Дернбурга въ историческомъ изложеніи. Это же примѣчаніе и l. 48 cit. онъ очевидно имѣетъ въ виду, говоря о томъ, что я упустилъ опредѣленіе времени возникновенія института. Такъ что его упрекъ, очевидно, сводится къ тому, что я не указалъ, что нашъ институтъ возникъ послѣ Сабина. Но такое предположеніе относительно времени происхожденія института по меньшей мѣрѣ слишкомъ смѣло даже въ томъ случаѣ, если бы l. 48 cit. заключало въ себѣ противорѣчіе и если предполагать, что Ульпіанъ начинаетъ съ изложенія мнѣнія Сабина и излагаетъ дальше свои взгляды.

На самомъ дѣлѣ въ l. 48 cit. нѣтъ никакого противорѣчія. Тамъ говорится о *furtivitas* дѣтенышей и указывается, что они свободны отъ этого *vitium*, если зачаты и рождены, хотя и краденою матерью, но у добросовѣстнаго владѣльца. Сначала это положеніе высказывается относительно *partus ancillae*, а потомъ относительно *fetus pecudum*. При этомъ Ульпіанъ указываетъ и на практическія послѣдствія свободы дѣтенышей отъ *vitium furti*. А именно, въ случаѣ *partus ancillae* вслѣдствіе этого возможно приобрѣтеніе по давности, въ случаѣ *fetus pecorum* приобрѣтеніе наступаетъ *statim*, такъ какъ *fetus pecorum* подчиняется правиламъ *fructus*. Противорѣчіе возни-

каетъ только тогда, если предположить, что слово *idem* относится не къ разсматриваемому *ex professo* положенію, а къ его частному послѣдствію относительно *partus*, т.-е. къ приоб-рѣтенію по давности. Но Ульпіанъ, кажется, достаточно обезопасилъ себя противъ такого ложнаго толкованія прямымъ указаніемъ, въ чемъ это *idem* проявляется относительно *fetus*.

Если, вопреки смыслу всего мѣста и этому указанію все-таки относить *idem* къ приобрѣтенію по давности, а не къ *vitium furti*, то конечно появляется „явное противорѣчіе“ и несообразность, и это противорѣчіе не устраняется никакими историческими догадками.

Въ виду научной слабости предположенія о непризнаніи права собственности на плоды со стороны Сабина я не считалъ нужнымъ открывать противъ него особую полемику, а считалъ достаточнымъ указать въ своемъ мѣстѣ, что правильное толкованіе l. 48, устранившее ложные выводы изъ этого фрагмента, можно найти у Вангерова (ср. также Czych-*lagz* стр. 499 пр. и сл. и др.). Что же касается времени возникновенія института, то для его опредѣленія нѣтъ никакихъ научныхъ данныхъ. Можно только въ виду высказанной Дербургомъ догадки особо указать, что непризнаніе права собственности добросовѣстнаго владѣльца въ эпоху Сабина не только не подкрѣпляется никакими историческими данными, но и особенно невѣроятно въ виду существованія указаній въ пользу извѣстности нашего института уже въ эпоху Квинта Муція (ср. l. 45 D. 22,1; l. 54 D. 41,1).

По поводу затронутыхъ историческихъ вопросовъ считаемъ не лишнимъ сообщить здѣсь еще слѣдующее:

Pernice, несмотря на свою оживленную полемику противъ мнѣній, защищаемыхъ въ „*Fruchtvertheilung*“ по вопросу объ интерполяціяхъ и значеніи *restitutio fr. extantium*, и несмотря на появившуюся раньше новаго изданія „Лабеона“ полемику Oertmann'a противъ моей гипотезы объ историческомъ развитіи права собственности владѣльца на плоды, предлагаетъ такую историческую теорію появленія собственности на плоды, которую мы по меньшей мѣрѣ можемъ назвать весьма похожею по существу на нашу гипотезу.

А именно, по его мнѣнію (стр. 360 и сл.), первоначально римское право довольствовалось отрицательною защитою добросовѣстнаго владѣльца, а именно недопущеніемъ противъ

него исковъ о плодахъ, принадлежащихъ собственнику противъ недобросовѣстнаго владѣльца (впрочемъ, здѣсь Pernice упоминаетъ только о *condictio fructuum consumptorum*, между тѣмъ какъ я въ *Fruchtvertheilung* кромѣ того, стр. 211 и сл., предполагаю и ограниченія относительно *vindicatio fructuum*). Эта *negatio*, по мнѣнію Перниса, въ послѣдствіи (а именно со времени Юліана) превратилась въ *positio*, т.-е. въ признаніе за владѣльцемъ права собственности на плоды. На вопросъ, какъ это произошло („*Wie man dazu kam, die Negation in die Position umzuwandeln*“), авторъ отвѣчаетъ предположеніемъ, что уже раньше развились правила о приобрѣтеніяхъ *bona fide serviens* и что правила о *fructus servi* были распространены на прочіе *fructus*. Ничего радикальнаго въ такомъ превращеніи ограниченія исковыхъ правъ собственника главной вещи по отношенію къ плодамъ въ право собственности владѣльца на плоды онъ не видитъ; а, напротивъ, замѣчаетъ слѣд.: „Это воззрѣніе имѣетъ только значеніе юридической конструкціи: *frug* не получилъ въ силу этого больше, нежели онъ уже имѣлъ. Но его приобрѣтеніе собственности на плоды впредь уже вытекало изъ его положенія; этого приобрѣтенія не было необходимо достигать косвеннымъ процессуальнымъ путемъ. Этимъ было въ то же время достигнуто, что могли быть выведены и другія желательныя послѣдствія изъ приобрѣтенія права собственности“...

Съ удовольствіемъ соглашаясь съ воззрѣніемъ Перниса по существу, мы все-таки считаемъ нужнымъ указать, что нѣкоторыя частности въ его изложеніи гипотезы превращенія ограниченія исковыхъ правъ собственника въ право собственности владѣльца на плоды скорѣе ухудшаютъ, нежели улучшаютъ эту теорію.

Между тѣмъ какъ я къ *negatio* отношу не только допущеніе противъ добросовѣстнаго владѣльца *condictio fr. consumptorum*, но и устраненіе предъявленія *vindicatio fructuum* противъ третьихъ лицъ и (потомъ) противъ владѣльца отдѣльно и независимо отъ *vindicatio ipsius rei*, Пернисъ говоритъ только о *condictio fr. consumptorum* и этимъ дѣлаетъ свое замѣчаніе о значеніи превращенія *negatio* въ *positio*, какъ „юридической конструкціи“ (замѣчаніе, вполне допустимое и естественное съ точки зрѣнія моихъ предположеній), непонятнымъ и далеко не соответствующимъ его же предположеніямъ.

Далѣе, между тѣмъ какъ изложенныя въ „Fruchtvertheilung“ частности гипотезы возникновенія права собственности на плоды объясняютъ и *restitutio fructuum extantium*, какъ естественный остатокъ прежде самостоятельной *petitio fructuum extantium*, съ точки зрѣнія Перниса приходится предположить, во-первыхъ, довольно радикальный скачекъ въ развитіи права, состоящій въ предоставленіи *fructus extantes* владѣльцу, а потомъ обратный скачекъ со стороны „практики когниціоннаго процесса“, состоящій въ обратномъ отнятій этихъ плодовъ у владѣльца.

Пернисе кромѣ того точно опредѣляетъ время превращенія *positio* въ *negatio*, т.-е. возникновенія права собственности владѣльца на плоды и даже называетъ инициатора этого нововведенія: „Между тѣмъ со времени Юліана былъ сдѣланъ дальнѣйшій шагъ, а именно была установлена формула: *b. f. possessor fructus suos facit*. Ни одинъ изъ прежнихъ юристовъ такъ не выражается. Но Юліанъ сдѣлалъ дважды попытку подробно оправдать приобрѣтеніе плодовъ сравненіемъ съ приобрѣтеніемъ чрезъ *b. f. serviens* (l. 25 § 1 D. de usur. 22,1 и l. 40 de ARD. 41,1). Точно также именно Юліанъ дѣлаетъ удареніе на томъ положеніи, что плоды принадлежатъ владѣльцу съ момента *separatio*—совершенно аналогично приобрѣтенію чрезъ *bona fide serviens*: чисто процессуальная точка зрѣнія къ этому бы не привела. Позднѣйшіе юристы присоединились къ мнѣнію Юліана, не указывая новаго юридическаго основанія для этого приобрѣтенія. Лишь Институціи называютъ плоды вознагражденіемъ за работу (*pro cultura et cura*)—теорія, посредствомъ которой, конечно, можно было только обосновать приобрѣтеніе *fructus industriales*“.

Это точное опредѣленіе времени возникновенія права собственности на плоды и даже установленіе творца этого права *prima facie* весьма эффектное историческое открытіе и было бы интереснымъ приобрѣтеніемъ для науки исторіи римскаго права, если бы оно могло быть подтверждено научными данными. Къ сожалѣнію, тѣмъ доводамъ, которые авторъ приводитъ въ пользу своей теоріи, нельзя приписать научной цѣнности. Что ни одинъ юристъ до Юліана не употребляетъ формулы: *bonae fidei possessor fructus suos facit*, это фактъ, къ сожалѣнію, не исторіи римскаго права, какъ таковой, а фактъ только дигестовъ. Здѣсь на лицо смѣшеніе двухъ сов-

сѣмъ различныхъ явленій. Изъ того, что въ дигестахъ Юліанъ является первымъ представителемъ формулы *suos facit*, отнюдь не слѣдуетъ, что такую же роль Юліанъ сыгралъ и въ исторіи римскаго права. Можетъ быть, эта формула была многія тысячи разъ высказана до Юліана; дигесты вѣдь не заключаютъ въ себѣ полной картины исторіи р. права, а только сборникъ „фрагментовъ“, годныхъ для цѣлей кодификаціи. Если бы исходить изъ такого метода историческаго изслѣдованія и такихъ посылокъ, на какія опираетъ свою теорію Pernice, то, конечно, можно было бы весьма подробно возстановить исторію римскаго права, опредѣлить время возникновенія всѣхъ институтовъ и распредѣлить всѣ положенія по ихъ творцамъ и первымъ представителямъ. Для этого стоило бы только указать, въ фрагментахъ какихъ юристовъ содержится въ дигестахъ Юстиніана извѣстное положеніе, и приписать починъ въ данномъ вопросѣ въ исторіи права старѣйшему изъ этихъ юристовъ. Фактически многія изъ высказанныхъ въ новѣйшее время историческихъ теорій дѣйствительно покоятся на этомъ приѣмѣ изслѣдованія — еще одно доказательство того проводимаго нами постоянно положенія, что методы и приемы изслѣдованія современнаго романизма настоятельно требуютъ ревизіи, чистки и обновленія.

Но мало того, если принять дигесты т. ск. за микроскопъ исторіи римскаго права и невысказанное въ дигестахъ за несуществовавшее, то и тогда приписаніе Юліану авторства права собственности на плоды далеко не можетъ быть принято. Прежде всего на великое сомнѣніе наводитъ fr. 45 D. de usur., въ которомъ Помпоній указываетъ, что одаренный супругъ пріобрѣтаетъ только тѣ плоды, которые произошли благодаря его труду и заботамъ, точно также какъ и прочіе добросовѣстные владѣльцы. А если еще къ тому же взглянуть на надпись этого фрагмента (*Pomponius libro vicesimo secundo ad Quintum Mucium*), то вѣра въ теорію почина Юліана совсѣмъ стремится исчезнуть. Положимъ, Pernice въ другомъ мѣстѣ (ср. выше стр. 201 пр.) находитъ весьма заслуживающею вниманія мысль, что fr. 45 интерполировано. Какъ бы намъ ни казалась невѣроятною мысль, чтобы кодификаторы путемъ интерполяціи создавали положенія, противорѣчащія новѣйшему и признанному ими принципу, по которому добросовѣстный владѣлецъ пріобрѣтаетъ всѣ плоды,

а не только имъ произведенные, мы готовы обойтись здѣсь и безъ fr. 45 cit. и исходить для нашей цѣли изъ тѣхъ только историческихъ данныхъ, которымъ дозволяетъ вѣрить нашъ противникъ. Онъ для приписанія Юліану авторства права собственности владѣльца на плоды ссылается на l. 25 § 1 D. de usur. 22,1 (ср. выше, стр. 201). Но что же оказывается? Оказывается, что достаточно этого „подтвержденія“ инициативы Юліана въ вопросѣ о правѣ собственности на плоды для опроверженія этой инициативы. Въ самомъ дѣлѣ, Юліанъ здѣсь предполагаетъ общеизвѣстнымъ и признаннымъ то положеніе дѣйствующаго права, что добросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ право собственности на плоды, посѣянные имъ, и спорнымъ является только вопросъ относительно плодовъ, посѣянныхъ не владѣльцемъ (по ошибочной терминологіи современнаго романизма, „fructus naturales“ въ отличіе отъ „industriales“). Такъ что если ужъ дѣлать выводы изъ этого фрагмента относительно историческаго первенства и инициативы Юліана, то можно развѣ заключить, что Юліанъ первый сталъ бороться противъ ограниченія (сообразно съ теоріей cultura et cura) приобрѣтенія правъ собственности на плоды тѣми fructus, которые произведены владѣльцемъ. Но и это былъ бы выводъ, лишенный характера научной достовѣрности: можетъ быть, споры о fructus a possessore non satі много старѣ Помпонія и Юліана. Во всякомъ случаѣ Юліанъ своими замѣчаніями въ fr. 25 отнюдь не подаетъ повода для возведенія его въ перваго изобрѣтателя права собственности владѣльца на плоды.

Не можемъ мы согласиться и съ тѣмъ положеніемъ, будто кодификаторы являются первыми изобрѣтателями теоріи cultura et cura. И даже насъ удивляетъ, какъ можно повторять это положеніе въ виду тѣхъ мѣстъ источниковъ, которыя приведены были выше (стр. 198 и сл., Fruchtvertheilung, стр. 204 и сл.). Положимъ, Пернисъ считаетъ слова pro cultura et cura въ институціяхъ интерполированными, „достойна вниманія“ и мысль объ интерполяціи fr. 45 D. de usur. и даже изреченіе Павла въ l. 48 pr. 41,1 (bfemptor. . fructus... suos facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes. Paulus l. 7. ad Plautium), повидимому, не свободно отъ его подозрѣній (ср. Labeo стр. 361 пр. 3), но и здѣсь все-таки остается уцѣлѣвшій отъ интерполяціоннаго

погрома источниковъ приведенный фрагментъ Юліана, въ которомъ этотъ юристъ спорить противъ теоріи *ius seminis* (*—operae, cultura et cura*). Мы сами противъ приписыванія теоріи *cultura et cura* рѣшающаго значенія въ исторіи римскаго права, но отрицать ея существованіе въ классической литературѣ римскаго права положительно невозможно.

Замѣчаніе Пернуса, что теорія *cultura et cura* могла бы обосновать только приобрѣтеніе *fructus industriales*, не можетъ опровергнуть фактовъ, засвидѣтельствованныхъ источниками. Къ тому же оно, какъ посылка для вывода, дѣлаемаго изъ него Пернусомъ, покоится, какъ уже видно изъ предыдущаго изложенія, на двухъ ошибочныхъ предположеніяхъ. Первое состоитъ въ томъ, будто отношеніе положительнаго римскаго права къ теоріямъ *de lege ferenda* римскихъ юристовъ должно состоять въ совпаденіи и послѣдовательности. Изъ такой посылки при изслѣдованіи и объясненіи римскаго права нельзя исходить подъ страхомъ существенныхъ дальнѣйшихъ ошибокъ. Нельзя также согласиться и съ тѣмъ, будто теорія *cultura et cura* могла бы служить удовлетворительнымъ обоснованіемъ и объясненіемъ института приобрѣтенія плодовъ въ томъ случаѣ, если бы приобрѣтеніе относилось только къ *fructus industriales*. И тогда эта теорія была бы только наивнымъ заблужденіемъ, не имѣющимъ ничего общаго съ истиннымъ основаніемъ и существомъ института.

Напротивъ, вполне правильно замѣчаніе Пернуса, что къ превращенію *negatio* въ *positio* не могла бы привести исключительно процессуальная точка зрѣнія. Но точно также къ этому не привела бы и возможность воспользоваться аналогіей *bona fide serviens* (какъ это утверждаетъ Пернусъ). Истинная причина, которая вызвала къ жизни правила о приобрѣтеніи какъ *fructus servi*, такъ и прочихъ *fructus*, лежитъ много глубже и состоитъ въ бессознательной тенденціи правильнаго распредѣленія, въ инстинктивномъ и бессознательномъ стремленіи устранить распредѣленіе, состоящее въ приписаніи хоз. благъ неправильному дестинатару и этимъ наносящее вредъ обществу. Точнѣе, причина заключается въ накопленіи массоваго опыта, фактически производящаго тѣ вредныя и болѣзненные явленія, которыя мы логическимъ путемъ вывели изъ радикальнаго осуществленія правъ собственника на доходы отъ его капитала, и въ кристаллизаціи

и превращеніи этого опыта въ соответственное юридическое и практическое чутье, ведущее къ улучшенію права.

Что же касается ссылокъ римскихъ юристовъ на аналогію *bona fide serviens* (а также на аналогіи *dominus praedii*, *usufructuarius* etc., ср. l. 25 D. de usur. 22,1), то это только внѣшнія и поверхностныя попытки оправдать процессъ развитія права, происходящій вовсе не въ силу какихъ бы то ни было теорій и аналогій, а по болѣе глубокимъ причинамъ, коренящимся въ обществѣ и его психикѣ.

Весьма часто (особенно въ послѣднее время) различные положенія и институты римскаго права или ихъ историческое развитіе объясняются съ точки зрѣнія особенностей римскаго процесса и его измѣненій. Подчасъ крупныя и существенныя принципы римскаго права выводятся изъ мелкихъ особенностей римскаго процесса и такое кажущееся или дѣйствительное соответствіе считается достаточно глубокимъ объясненіемъ принциповъ матеріальнаго права. И въ этой области научныя приемы современнаго романизма нуждаются въ критической провѣркѣ, и многія изъ современныхъ теорій этого рода необходимо устранить и опровергнуть вслѣдствіе ихъ поверхностности ¹⁾. Ошибочно видѣть въ римскомъ процессѣ какой-то твердый и неизблемый фундаментъ и въ его положеніяхъ достаточную и послѣднюю *ratio*, объясняющую матеріальное право и его развитіе. На самомъ дѣлѣ процессъ есть только одно изъ средствъ осуществленія матеріальныхъ принциповъ права и какъ правила процесса, такъ и матеріальныя положенія права, равно измѣненія тѣхъ и другихъ представляютъ функцію и послѣдствія лежащей глубже (въ народномъ опытѣ и воздѣйствіи его на народную психологію) причины. Соответствіе и гармонія римскаго процесса и матеріальнаго права получаются вовсе не отъ того, что процессъ, какъ какое-то твердое, абсолютное и не требующее объясненія данное, опредѣляетъ и объясняетъ развитіе матеріальнаго права, а отъ того, что оба отдѣла права: процессуальныя и матеріальныя положенія представляютъ функцію и продуктъ единой силы, естественно ведущей къ гармоніи не только гражданскаго процесса и гражданскаго права, но и этихъ обѣихъ частей права съ прочими областями права и даже съ этикой,

¹⁾ Ср. *Lehre v. Einkommen* II, стр. 9 и сл.

религією, літературою, язюкомъ и прочими продуктами (и факторами) культуры.

Поэтому и наша гипотеза объ ограниченіяхъ исковоу собственника вещи по поводу плодовъ, какъ о первоначальной стадіи образованія права собственности добросовѣстнаго владѣльца на плоды, отнюдь не высказана въ томъ смыслѣ, будто мы въ процессѣ находимъ объясненіе развитія матеріальнаго права, а имѣеть лишь значеніе гипотетическаго возстановленія и объясненія внѣшней формы и порядка правового развитія, опредѣляемаго совѣмъ не сознательнымъ мышленіемъ и цѣлевымъ творчествомъ римскихъ юристовъ и не высказываемыми ими аналогіями, и не процессуальными правилами, а совѣмъ иными силами и факторами.

Въ данномъ случаѣ въ виду его особенностей и Перинсъ заявляетъ, что исключительно процессуальная точка зрѣнія не объясняетъ всѣхъ стадій развитія нашего института, и это замѣчаніе имѣеть даже цѣлью показать недостаточность нашей исторической теоріи и необходимость прибѣгнуть къ объясненію института тѣмъ фактомъ, что римскіе юристы примѣнили къ *fructus naturales* аналогію правилъ о *b. f. serviens*. Въ другихъ же частяхъ той же книги („Лабеона“) авторъ самъ на каждомъ шагѣ прибѣгаетъ къ особенностямъ римскаго процесса (на ряду съ „воззрѣніями“ „*Anschauungen*“ и „мыслями“ „*Gedanken*“ римскихъ юристовъ), какъ посылкамъ для объясненія развитія римскаго права ¹⁾. Вслѣдствіе весьма распространенной привычки искать и находить въ римскомъ процессѣ объясненіе римскаго матеріальнаго права, авторъ и мою историческую гипотезу принялъ за такое объясненіе и въ извѣстномъ спеціальному пунктѣ находить его недостаточнымъ. Здѣсь повторилось то же недоразумѣніе, которое побудило автора заявить оппозицію противъ моего экономическаго оправданія возвращенія *fructus extantes*. До такой степени теперь укоренены и обычны извѣстные неправильные приемы и общія посылки романистическихъ изслѣдованій, что они приписываются даже такимъ сочиненіямъ, которыя именно имѣють цѣлью возбудить противъ нихъ скептицизмъ и критику. При-

¹⁾ Въ томъ числѣ и въ ученіи о плодахъ при владѣніи чужою вещью и чужимъ наслѣдствомъ, ср., напр., стр. 347 и сл.

ходится расплачиваться за чужіе грѣхи, даже въ случаѣ борьбы противъ нихъ. Здѣсь критикъ приписалъ мнѣ свою обычную точку зрѣнія, а по поводу *fructus extantes* точку зрѣнія тѣхъ, которые объясняютъ развитие римскаго права цѣлевымъ, сознательнымъ мышленіемъ римскихъ юристовъ и свои догадки насчетъ намѣреній римскихъ юристовъ выдаютъ за историческіе факты, несмотря на отсутствіе историческихъ подтвержденій.

Еще разъ повторяемъ, что обѣ эти точки зрѣнія мы считаемъ ненаучными и изъ нихъ не исходимъ. Процессъ никогда не былъ и не будетъ достаточнымъ основаніемъ и объясненіемъ матеріальнаго права, а сознательное мышленіе юристовъ лишь въ будущемъ времени будетъ направлять и опредѣлять развитие гражданскаго права. Это наступитъ тогда, когда разовьется и окрѣпнетъ наука политики гражданскаго права. А для этого прежде всего слѣдуетъ освободиться отъ того воззрѣнія, что для „потребностей юридической жизни“ достаточно исходить изъ римскаго права, развивая и приноравливая его къ новымъ запросамъ юридической жизни и слѣдуя „практическому“ методу римскихъ юристовъ (*durch das röm. Recht über dasselbe hinaus*). Slѣдуетъ понять, что для руководства развитіемъ права вовсе недостаточно быть „практичнымъ“ и дѣловымъ юристомъ, каковыя качества приписываются римскимъ юристамъ, а необходимо обратиться къ научному, систематическому и методическому изученію вліянія гражданскаго права на народное хозяйство и этическое развитіе и развить самостоятельную методологію и систему посылокъ для созданія самостоятельной же науки политики права.

Cognus iuris и прочіе источники римскаго права цѣнны для насъ не какъ образецъ цивильно-политическаго метода и мышленія, а, напротивъ, какъ безсознательный продуктъ народной эмпирики, могущій служить для эмпирической проверки нашихъ сознательныхъ выводовъ. Этой цѣли римское право не могло бы удовлетворять, если бы оно было продуктомъ сознательныхъ цѣлевыхъ посылокъ и выводовъ.

Добавленіе II. Въ „*Fruchtvertheilung*“ эта часть книги, т.-е. изслѣдованіе о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды, заканчивается обѣщаніемъ въ дальнѣйшихъ работахъ показать, что принципъ, на которомъ основано распредѣленіе

плодовъ между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ, имѣеть универсальное значеніе для гражданскаго права и въ частности воплощенъ въ институтѣ *specificatio*, въ обязательственномъ правѣ etc. (стр. 213). Вслѣдствіе перемѣны плана проведенія и разработки гражданско-политическаго метода изслѣдованія я впослѣдствіи оставилъ намѣреніе посвятить принципу „субъективной цѣнности“ (годнаго дестинатара) въ гражданскомъ правѣ вообще специальную монографію. Тѣмъ не менѣе въ „*Lehre v. Einkommen*“ находится много подтвержденій гражданско-политическаго значенія этого принципа (ср. L. v. E. *passim* и II, стр. 525 прим). Что онъ можетъ имѣть плодотворное значеніе, показали и нѣкоторыя новѣйшія изслѣдованія другихъ романистовъ. Особенное вниманіе обратилъ на него Leonhard какъ въ своей критикѣ „*Fruchtvertheilung*“, такъ и въ своемъ учебникѣ институцій (*Institutionen des röm. Rechts*), въ особенности въ отдѣлѣ о приобрѣтеніи права собственности. Въ § 74 учебника Леонардъ примѣняетъ принципъ годнаго дестинатара въ частности и къ институту *specificatio*. Та же мысль лежитъ въ основаніи появившихся недавно: статьи Hofmann'a „*Die Eigenheit der Sachen, ein Beitrag zur Specificationslehre*“ (*Grünhut's Zeitschr.* B. 23, стр. 433 и сл.), и прекрасной историко-юридической и вмѣстѣ съ тѣмъ цивильно-политической статьи Соболевскаго „*Die Lehre von der Specification*“ (*Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, B. XXVII, Rom. Abth., стр. 252 и сл.), представляющей между прочимъ наглядный примѣръ важнаго значенія выбора правильной общей точки зрѣнія на задачи и приемы науки, а равно и на желательное направленіе работъ—для успѣха специальныхъ изслѣдованій.

Въ виду того, что принципъ годнаго дестинатара уже въ извѣстной степени получилъ право гражданства въ нашей литературѣ, нѣтъ болѣе необходимости поддерживать его путемъ specialнаго собиранія примѣровъ его примѣненія въ гражданскомъ правѣ. И безъ того, какъ намъ кажется, можно въ видѣ общаго правила гражданско-политической методологіи установить слѣдующее положеніе:

Такъ какъ всякая норма имущественнаго права ведетъ къ извѣстному перемѣщенію хоз. благъ, то при оцѣнкѣ послѣдствій каждой нормы имущественно-гражданскаго права слѣдуетъ обращать вниманіе, не оказываетъ ли она положи-

тельнаго или отрицательнаго вліянія на народное благосостояніе вслѣдствіе того, что перемѣщеніе блага является въ то же время увеличеніемъ или уменьшеніемъ его цѣнности.

Конечно, примѣненіе этого общаго положенія, какъ руководящаго правила для гражданско-политическихъ изслѣдованій, далеко не всегда можетъ имѣть рѣшающее и окончательное значеніе. Гораздо болѣе существенное значеніе для методологіи правовой политики вообще и въ частности для политики гражданскаго права имѣетъ другой принципъ, примѣръ примѣненія котораго представляетъ первая часть „Fruchtvertheilung“ (изслѣдованіе о дѣленіи дотальныхъ плодовъ, и „Lehre v. Einkommen I и II passim), а именно принципъ „мотиваціи“ и этическаго воздѣйствія, который въ видѣ методологическаго правила можно формулировать слѣдующимъ образомъ:

„Такъ какъ люди примѣняютъ свое поведеніе къ дѣйствующему праву и въ частности въ послѣднемъ находятъ мотивы для такихъ или иныхъ поступковъ, то для оцѣнки каждой позитивной или проектируемой нормы права слѣдуетъ обратить вниманіе на то, какіе мотивы она создаетъ, какое поведеніе (полезное или вредное въ частности для народнаго хозяйства) она вызываетъ и какъ она при постоянномъ воздѣйствіи на народъ отражается на его характерѣ.

Въ виду этого принципа часто придется одобрять такую норму, которая при исключительномъ примѣненіи предыдущей точки зрѣнія могла бы показаться вредною, или наоборотъ. Въ другихъ случаяхъ обѣ точки зрѣнія ведутъ согласно къ одному и тому же цивильно-политическому постулату.

Изъ того, что второе правило осложняетъ и модифицируетъ оцѣнку нормы съ первой точки зрѣнія въ томъ случаѣ и постольку, поскольку лица, къ которымъ норма относится, могутъ предвидѣть ея примѣненіе къ ихъ отношеніямъ, — логически вытекаетъ, что первое правило получаетъ особенно важное и самостоятельное значеніе въ случаяхъ *bona fides*. Поэтому для его иллюстраціи мы именно выбрали область *bonae fidei possessio*.

ЧАСТЬ III.

ПРАВА ДОБРОСОВѢСТНЫХЪ ВЛАДЕЛЬЦЕВЪ НА ДОХОДЫ
СЪ ТОЧКИ ЗРѢНІЯ СОВРЕМЕННОЙ ЦИВИЛЬНОЙ ПО-
ЛИТИКИ И НОВЫХЪ ГРАЖДАНСКИХЪ УЛОЖЕНІЙ.

HAUTE III

CLERGY

§ 24. А. Положительныя гражданско-политическія предложенія.

Настоящая, послѣдняя часть нашего изслѣдованія можетъ быть изложена сравнительно кратко, потому что всѣ главныя послыжки для предлагаемыхъ здѣсь выводовъ уже обоснованы и разъяснены въ предыдущихъ частяхъ изложенія. Сказаннымъ выше по поводу правилъ римскаго права можно *mutatis mutandis* воспользоваться для выработки и обоснованія современныхъ гражданско-политическихъ постулатовъ и для гражданско-политической критики положеній новыхъ законодательствъ.

Нерѣдко изслѣдованіе гражданско-политической функціи различныхъ положеній и институтовъ римскаго права приводитъ лишь къ отрицательному выводу для современной политики гражданскаго права, а именно оно обнаруживаетъ, что *raison d'être* этихъ нормъ заключалась въ какой-либо теперь несуществующей особенности римской культуры вообще или въ частности экономическаго, правового etc. строя тогдашняго времени, такъ что новыя законодательства, подражающія въ этой области римскому праву, являются примѣромъ наивнаго и безсознательнаго копированія древняго права вслѣдствіе отсутствія самостоятельнаго гражданско-политическаго пониманія и знанія вопроса ¹⁾; напротивъ, разсмотрѣніе и объясненіе римскихъ нормъ о *fructus suos facere* дало положительныя результаты, годныя и съ точки зрѣнія современной правовой политики, а не только интересныя съ исторической точки

¹⁾ Ср., напр., „Fruchtvertheilung“, первую часть (о дѣленіи дотальныхъ плодовъ) и положенія новыхъ гражд. уложеній о дѣленіи доходовъ при переходѣ права пользованія (eod. § 47).

зрѣнія, такъ что здѣсь, напротивъ, отступленія новыхъ законодательствъ отъ положеній римскаго права являются вреднымъ послѣдствіемъ отсутствія цивильно-политическаго пониманія вопроса.

Въ самомъ дѣлѣ, не трудно убѣдиться, что тѣ хозяйственно-политическія соображенія, которыми мы старались оправдать и объяснить римскія правила о *fructus suos facere*, сохраняютъ свое значеніе и для современнаго общественнаго быта, такъ что, принимая ихъ во вниманіе, сознательная современная цивильная политика приводитъ къ требованію тѣхъ же юридическихъ нормъ, которыя путемъ безсознательнаго развитія возникли въ римскомъ правѣ. Въ частности:

1. Что касается вреднаго экономическаго вліянія внезапнаго и непредвидѣннаго извлеченія изъ хозяйства владѣльца суммы добросовѣстно извлеченныхъ и потребленныхъ доходовъ, то оно тѣмъ интенсивнѣе, чѣмъ развитѣе и сложнѣе экономической строй. Чѣмъ сложнѣе и деликатнѣе частнохозяйственные „организмы“ и чѣмъ тѣснѣе ихъ зависимость другъ отъ друга, тѣмъ усиленнѣе правовая политика должна заботиться о возможномъ устраненіи или смягченіи неожиданныхъ хозяйственныхъ ударовъ и внезапныхъ нарушеній *statu quo* хоз. организмовъ и правильнаго отправленія ихъ функцій. Съ другой стороны, увеличеніе трудности „борьбы за существованіе“ и усугубленіе печальныхъ общественныхъ и этическихъ послѣдствій выхода изъ обычной житейской колеи главы хозяйства и семьи заставляютъ современную политику права тѣмъ болѣе избѣгать такихъ нормъ права, которыя бы могли повести къ имущественному разоренію „отцовъ семействъ“ и необходимости ликвидировать ихъ прежнее хозяйство. Не даромъ развитіе и осложненіе экономическаго и общественнаго быта ведутъ къ распространенію всевозможныхъ видовъ страхованія, даже принудительнаго. Нельзя не намекнуть здѣсь и на культурно-воспитательное вліяніе прочности и обеспеченности хозяйственнаго и личнаго быта и спокойной увѣренности въ успѣхѣ осуществленія задуманнаго хозяйственнаго плана. Чѣмъ болѣе въ этой области исключены неожиданности, тѣмъ болѣе въ народныхъ массахъ развивается энергія, предпримчивость и хозяйственная солидность, тѣмъ менѣе источниковъ апатіи, лѣни или поведенія на авось.

Эти хозяйственные въ тѣсномъ смыслѣ, социальныя и культурно-воспитательныя соображенія могутъ показаться несоотвѣтствующими тому маленькому уголку права, къ которому мы ихъ примѣняемъ, и намъ уже пришлось слышать замѣчаніе критики о преувеличеніи и идеализированіи. Но политика гражданскаго права только тогда достигнетъ надлежащей глубины и успѣха, если мы приведемъ всѣ ея части и вопросы въ связь съ общими и широкими задачами развитія благосостоянія и культуры и сообразно съ общими великими идеями и задачами правовой политики освѣтимъ и устроимъ каждую часть и частицу правового механизма. Конечно, рациональное устройство нашего маленькаго института распредѣленія доходовъ не уничтожитъ массы причинъ хозяйственныхъ потрясеній и случаевъ незаслуженнаго разоренія и не устранимъ массы источниковъ чувства необезпеченности, лѣни и апатіи, но все-таки и оно въ своей скромной области является вкладомъ для достиженія этихъ цѣлей, и если удачно провести тѣ же идеи въ прочихъ областяхъ гражданскаго права, въ административномъ, финансовомъ, уголовномъ правѣ etc., то уже является большая и серьезная экономическая и культурно-педагогическая сила.

И такъ, идея страхованія отъ вреда, возникающаго изъ непредвидѣнной необходимости выдачи *fructus consumpti*, имѣетъ полное право на серьезное вниманіе со стороны современной цивильной политики и требуетъ своего осуществленія теперь еще настоятельнѣе, нежели въ римскую эпоху сравнительно менѣ развитого экономическаго быта.

Точно также не теряютъ для современной цивильной политики своего значенія и тѣ соображенія, которыя мы привели выше для оправданія права собственности на плоды, какъ лучшаго техническаго средства для осуществленія основной идеи института.

2. Несмотря на приведенныя общія соображенія и выборъ юридической фигуры „*dominium*“ для ихъ осуществленія (или точнѣе: именно вслѣдствіе указаннаго признанія и обоснованія права собственности владѣльца на плоды) и теперь слѣдуетъ защищать возвращеніе *fructus extantes*, какъ *praestatio personalis* при вещномъ искѣ.

Такъ какъ постановленія новыхъ гражданскихъ кодексовъ о приобрѣтеніи плодовъ основаны на непониманіи смысла

распределенія плодовъ между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ, смотря по тому, являются ли они *fructus consumpti* или *extantes*, и такъ какъ новыя законодательства, подражая римскому праву въ предоставленіи владѣльцу права собственности на плоды, устраняютъ кажущуюся несообразность и непоследовательность римскаго права — *restitutio fructuum extantium*, то мы на этомъ пунктѣ должны остановиться подробнѣе.— Въ пользу возвращенія наличныхъ плодовъ говорятъ слѣдующія соображенія:

а. Экономическое назначеніе института вовсе не требуетъ *lucrum fructuum extantium*, точно также какъ законъ о *tignum iunctum* имѣетъ смыслъ только въ случаѣ *iunctio* и былъ бы излишнимъ по отношенію къ *tigna extantia*, т.-е. къ тѣмъ матеріаламъ, которые еще не соединены со зданіемъ, разрушеніе коего должно быть предупреждено.

б. Но въ такомъ случаѣ предоставленіе *fructus extantes* является не только излишнею и такъ сказать неэлегантною съ точки зрѣнія гражданско-политической теоріи, но и прямо вредною мѣрою.

Одинъ изъ самыхъ основныхъ и существенныхъ принциповъ современнаго частно-хозяйственнаго строя и лежащей въ его основаніи экономической политики состоитъ въ гарантіи собственнику доходовъ отъ предмета его собственности. Психическое воздѣйствіе этого именно принципа распределенія ведетъ главнымъ образомъ къ тому, что, несмотря на свободу субъектовъ частныхъ хозяйствъ распоряжаться какъ угодно (*uti et abuti*) частями народнаго капитала, являющимися ихъ частнымъ капиталомъ, несмотря на отсутствіе общаго предписаннаго и принудительнаго плана охраненія и увеличенія народнаго капитала и производства и распределенія народнаго дохода,—все-таки происходятъ сбереженіе и накопленіе средствъ производства, продукція тѣхъ предметовъ удовлетворенія потребностей, въ которыхъ нуждается общество, и вообще всѣ тѣ полезныя явленія, которыя ставятся въ заслугу экономическому строю, основанному на правѣ частной собственности. Этотъ принципъ имѣетъ и глубокое культурно-воспитательное значеніе, приучая къ трудолюбію, бережливости, энергіи и т. п.

Какъ бы мы ни относились ко всей системѣ частно-правнаго строя, какъ таковой, гарантія собственнику доходовъ

отъ его собственности представляеть, пока и поскольку эта система дѣйствуетъ, существенную и въ высшей степени важную часть ея, и умалять и нарушать эту гарантію безъ особой необходимости — означало бы умалять и ослаблять полезное дѣйствіе всей системы.

Предоставленіе плодовъ добросовѣстному владѣльцу представляеть именно ограниченіе этой гарантіи. Между тѣмъ какъ обыкновенно субъектъ права собственности можетъ быть увѣренъ, что его никто не можетъ лишить доходовъ отъ его вещи, независимо отъ того, находится ли она въ его владѣніи или нѣтъ, соотвѣтствуетъ ли фактическое положеніе вещи его праву или нѣтъ, въ данномъ случаѣ онъ лишается *fructus rei* вслѣдствіе случая, по которому вещь попала въ чужое добросовѣстное владѣніе. Для лишения его права на *fructus consumpti* есть на лицо „*magna necessitas*“, и постольку здѣсь можетъ быть оправдано ограниченіе принципа гарантіи доходовъ собственнику. Что же касается *fructus extantes*, то предоставленіе ихъ случайному нарушителю права собственности вмѣсто дѣйствительнаго субъекта этого права было бы неосновательнымъ и вреднымъ умаленіемъ полезнаго дѣйствія общихъ принциповъ гражданскаго права.

с. Предоставленіе владѣльцу возможности при передачѣ имѣнія собственнику забрать съ собою *fructus extantes*, напр., копы скошеннаго на чужомъ лугу сѣна, вырубленныя въ чужомъ лѣсу дрова и т. п., оказываетъ вредное этическое вліяніе, а именно отрицательное вліяніе на тотъ весьма цѣнный элементъ народной психики, который состоитъ въ уваженіи къ чужимъ правамъ и въ частности къ чужой собственности.

Что касается свободы владѣльца отъ возмѣщенія цѣнности уже потребленныхъ плодовъ, то она едва-ли можетъ влечь за собою какія-либо вредныя послѣдствія для народнаго правосознанія. *V. f. possessor* по извинительному заблужденію былъ убѣжденъ въ своемъ правѣ на извлеченіе и потребленіе доходовъ, и освобожденіе его отъ неожиданной и подчасъ весьма жестокой необходимости добыть и возмѣстить соотвѣтственную цѣнности потребленныхъ плодовъ сумму денегъ не можетъ оскорблять правосознанія участниковъ и публики: на нѣтъ суда нѣтъ. Иначе подѣйствуетъ на участниковъ и стороннихъ наблюдателей забираеніе и вывозъ изъ

имѣнія наличныхъ плодовъ со стороны владѣльца. Между тѣмъ какъ потребление плодовъ было пользованіемъ чужимъ имѣніемъ по извинительной ошибкѣ, собираніе въ свою пользу и вывозъ изъ имѣнія наличныхъ плодовъ послѣ обнаруженія ошибки представляется уже сознательнымъ извлеченіемъ выгоды на чужой счетъ, своего рода беззастѣнчивымъ триумфомъ правонарушенія надъ правомъ собственника.

Едва-ли порядочный человекъ, узнавъ, что имѣніе ему не принадлежитъ, не сочтетъ наличный хлѣбъ, сѣно, солому, дрова и т. п. „чужимъ добромъ“ и едва ли онъ воспользуется правомъ забрать эти продукты чужого имѣнія въ свою пользу. И такое воззрѣніе и поведеніе должно быть санкціонуемо, а не подрываемо объективнымъ правомъ, потому что оно есть проявленіе здороваго правового и этического чувства уваженія къ чужимъ правамъ и нежеланія извлекать пользу изъ правонарушенія.

d. Въ силу этихъ соображеній для обоснованія нашего гражданско-политическаго постулата относительно наличныхъ плодовъ нѣтъ необходимости прибѣгать къ указанію на значеніе *fructus extantes* для дальнѣйшаго хозяйства въ имѣніи, какъ необходимаго оборотнаго капитала *in natura*, и на злоупотребленія, могущія возникнуть изъ того, что владѣлецъ въ состояніи съ успѣхомъ потребовать отъ собственника несоизмѣрно большаго вознагражденія за непользованіе своимъ правомъ на *fructus extantes*. Если бы даже эти соображенія не имѣли значенія, если бы владѣлецъ по отношенію къ *fructus extantes* былъ столь же годнымъ экономическимъ дестинатаромъ, какъ и собственникъ, мы бы все-таки требовали введенія *restitutio fructuum extantium*.

Но, конечно, новыя законодательства, милостиво предоставляющія владѣльцу всѣ плоды, возбуждаютъ противъ себя и тотъ упрекъ, что они наносятъ вредъ сельскому хозяйству, разъединяя продуктивныя силы, имѣніе и его естественный оборотный капиталъ, или создавая безнравственные мотивы для вымогательства или нанесенія вреда другому просто по злобѣ и желанію причинить непріятности противнику, выигравшему процессъ.

Съ другой стороны, если бы предъидущія соображенія (a. b. c.) въ пользу возвращенія наличныхъ плодовъ не существовали, мы бы все-таки ради не нарушенія правильнаго хода

сельско-хозяйственного производства должны были бы требовать установления по крайней мѣрѣ нормы, предписывающей владѣльцу оставить собственнику тѣ наличные продукты, которые необходимы для дальнѣйшаго хозяйства въ имѣніи.

Впрочемъ, и при регулированіи вопроса съ этой только точки зрѣнія, т.-е. при отсутствіи полнаго и всесторонняго пониманія гражданско-политической функціи нашего института, могъ бы возникнуть вопросъ, не лучше ли предоставить собственнику всѣ *fructus extantes*. Дѣло въ томъ, что, какъ мы указали выше, въ преобладающей массѣ случаевъ *fructus extantes* именно и представляютъ продукты, оставленные для надобностей хозяйства, такъ что едва-ли есть основаніе создавать поводъ для споровъ и процессовъ по поводу того, какіе продукты *in concreto* должны быть предоставлены владѣльцу, какъ излишекъ сверхъ необходимаго хозяйственного запаса, и какіе должны остаться въ пользу собственника... *nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile eveniunt.*

И такъ, основныя характеристическія черты нашего института: *ius fructuum consumptorum* и *restitutio fr. extantium*, какъ гражданско-политическіе постулаты, мы считаемъ вполне прочно обоснованными и переходимъ къ рѣшенію дальнѣйшихъ вопросовъ:

3. То обстоятельство, что въ римскомъ правѣ нашъ институтъ развился первоначально (въ силу естественно-историческихъ причинъ) только примѣнительно къ добросовѣстному владѣнію въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. къ владѣнію въ видѣ собственности, и что и позднѣйшіе классическіе юристы обыкновенно употребляютъ традиціонныя выраженія *bonae fidei emptor, b. f. possessor*, хотя въ ихъ время правила о *fructus suos facere* были уже распространены и на прочихъ путативныхъ субъектовъ вещнаго права пользованія (напр., на лицъ, добросовѣстно приписывающихъ себѣ право узурфрукта etc.)—это такъ сказать чисто-историческое обстоятельство отразилось и на новыхъ гражданскихъ уложеніяхъ; и здѣсь примѣненіе института ограничивается обыкновенно только добросовѣстнымъ владѣніемъ (т.-е. владѣніемъ въ видѣ собственности).

Едва-ли это ограниченіе можно объяснить иначе, какъ отсутствіемъ науки гражданской политики и естественнымъ

вслѣдствіе этого безсознательнымъ копированіемъ дѣйствительныхъ или мнимыхъ положеній римскаго права.

Что съ гражданско-политической точки зрѣнія это ограниченіе не имѣетъ никакого рациональнаго основанія, не можетъ быть никакого сомнѣнія. Вредъ неожиданнаго долга суммы *fructus consumpti* одинаковъ, происходило ли пользованіе доходами вслѣдствіе ошибочнаго убѣжденія въ правѣ собственности на имѣніе или въ правѣ пожизненнаго или временнаго *usus fructus*, *usus* и т. д. Съ точки зрѣнія хозяйственно-политической задачи нашего института существеннымъ элементомъ является ошибка владѣльца не относительно *ius proprietatis*, а относительно *ius fructuum percipiendorum*.

Поэтому мы послѣдовательно должны требовать полнаго освобожденія предлагаемыхъ правилъ распредѣленія доходовъ отъ связи съ добросовѣстнымъ владѣніемъ вещью (т.-е. съ путативнымъ *ius proprietatis*) и соединенія ихъ съ путативнымъ правомъ извлеченія доходовъ. Соответственно этому мы бы въ гражданскомъ уложеніи не говорили о добросовѣстномъ владѣльцѣ вещи, а предоставили приобрѣтеніе плодовъ съ обязанностью *restitutio fr. extantium* тому, кто (добросовѣстно) осуществляетъ мнимое право на вещь, дающее власть извлекать изъ нея доходы.

При такой формулировкѣ къ кругу этихъ лицъ принадлежали бы не только *b. f. possessores rei*, но и, напр., съ точки зрѣнія русскаго права, лица, приписывающія себѣ пожизненное или временное отдѣльное владѣніе, чиншевое право, право въѣзда въ чужой лѣсъ, право рыбной ловли, члены сельскаго общества по извинительному заблужденію (*bona fide*), пользующіеся частью поля, на которую имъ въ самомъ дѣлѣ не принадлежитъ право пользованія etc.; съ другой же стороны, сюда не принадлежали бы тѣ добросовѣстные владѣльцы вещи (или даже дѣйствительные собственники), которые знаютъ, что имъ не принадлежитъ право пользованія ею, что, напр., другому лицу принадлежитъ на эту вещь право пожизненнаго владѣнія, чиншевое право etc.

4. Точно также изъ гражданско-политическаго смысла института вытекаетъ и неосновательность разныхъ ограниченій съ точки зрѣнія титула владѣнія капиталною вещью, или *vitia rei*, вообще несостоятельность перенесенія условій *condicio usucapiendi* на нашъ институтъ и отождествленія

владѣнія, годнаго для приобрѣтенія главной вещи по давности, съ тою „*possessio*“, которая требуется для *fructus suos facere*.

5. За то въ другомъ отношеніи слѣдуетъ по сравненію съ новыми законодательствами усилить строгость условій приобрѣтенія плодовъ, а именно слѣдуетъ выставить болѣе строгія условія для признанія наличности *bona fides*. Новыя законодательства обыкновенно для опроверженія добросовѣстности требуютъ доказательства знанія владѣльца, что вещь не принадлежала ему. Между прочимъ, особенно усердно настаиваетъ на этомъ наше гражданское законодательство; такъ, статья 530 1-ой части X т. гласитъ:

„Владѣніе признается добросовѣстнымъ дотолѣ, пока не будетъ доказано, что владѣльцу достовѣрно извѣстна неправость его владѣнія. Одно сомнѣніе въ законности владѣнія не есть еще основаніе къ признанію владѣльца недобросовѣстнымъ. Однакожь, со дня формальнаго ему чрезъ судебное мѣсто объявленія о возникшемъ противъ его владѣнія спорѣ и о требованіи возвращенія имѣнія, онъ хотя и продолжаетъ пользоваться правами добросовѣстнаго въ томъ имѣніи владѣльца, но обязанъ отвѣтственностью въ сохраненіи какъ имѣнія, такъ и доходовъ онаго предъ тѣмъ, кому оно будетъ присуждено окончательнымъ рѣшеніемъ суда. Истецъ можетъ во всякомъ случаѣ доказывать, что неправость владѣнія была съ достовѣрностью извѣстна отвѣтчику и прежде начатія спора“.

Ср. также ст. 611 („когда ему сдѣлалось съ достовѣрностью извѣстно, что владѣніе его есть неправое“), ст. 626...

По существу то же постановляютъ и другія новыя законодательства, требуя для наличности недобросовѣстности знанія и не видя въ началѣ процесса основанія для признанія *mala fides*; настаиваніе X-го тома на „достоверности“ знанія съ юридической точки зрѣнія является скорѣе излишнимъ плеоназмомъ, ничего новаго не приносящимъ.

И съ своей точки зрѣнія на недобросовѣстность, какъ на что-то безнравственное, безчестное, эти законодательства правы, ибо нельзя владѣльца назвать „недобросовѣстнымъ“ въ этомъ смыслѣ, если онъ не возвращаетъ имѣнія, пока „достоверно“ не убѣдится въ правотѣ противника. Иное поведеніе было бы легкомысленнымъ поощреніемъ возбужденія неосновательныхъ претензій.

Иначе придется опредѣлить недобросовѣстность съ нашей гражданско-политической точки зрѣнія и въ частности съ точки зрѣнія хозяйственно-политической задачи нашего института.

Для насъ важно, могъ ли владѣлецъ предвидѣть, что ему эвентуально придется возратить сумму извлекаемыхъ доходовъ, и сообразовать съ этимъ свой хозяйственный планъ. Только въ случаѣ невозможности предвидѣть это обстоятельство есть основаніе примѣнить къ нему нашу политику „страхованія“.

Поэтому, во-первыхъ, совсѣмъ нераціонально съ гражданско-политической точки зрѣнія примѣнять мѣры страхованія къ владѣльцу послѣ начала процесса, т.-е. послѣ весьма серьезнаго указанія ему на возможную опасность.

То же относится и до процесса къ владѣльцу, сомнѣвающемуся въ своей правотѣ. Кто сомнѣвается, т.-е. предполагаетъ возможность опасности, тотъ не нуждается въ мѣрахъ обезпеченія противъ ошибки въ хозяйственномъ планѣ. Если иной владѣлецъ, несмотря на *dubitatio*, не сохранитъ суммы доходовъ, а издержитъ ихъ и потомъ попадетъ вслѣдствіе этого въ бѣдственное положеніе, то онъ дѣйствовалъ легкомысленно и на авось, и новыя законодательства, представляющія ему чужіе доходы, потому что ему не было положительно извѣстно чужое право, оказываютъ ему на чужой счетъ милость, вредную съ культурно-воспитательной точки зрѣнія. Право должно быть такъ устроено, чтобы приучать къ серьезному и обдуманному поведенію, а не поощрять легкомысліе, къ тому же на чужой счетъ. Но обыкновенный *bonus pater familias* въ случаѣ *dubitatio* сообразуетъ свое хозяйственное поведеніе съ эвентуальною необходимостью возвращенія суммы доходовъ дѣйствительному собственнику и такимъ владѣльцамъ новыя законодательства даютъ безъ всякаго рациональнаго основанія подарокъ изъ кармана собственника, нарушая этимъ легкомысленно принципъ гарантіи собственнику доходовъ отъ его вещи.

Съ точки зрѣнія нашихъ гражданско-политическихъ предложеній относительно распредѣленія доходовъ между собственникомъ и владѣльцемъ есть еще особое основаніе возставать противъ обычнаго въ новыхъ гражданскихъ кодексахъ отношенія къ понятію добросовѣстности. А именно, приписывая плоды дѣйствительному или мнимому управомоченному,

смотря по тому, относятся ли *fructus* къ категоріи *consumpti* или *extantes*, и требуя для признанія недобросовѣстности доказательства положительнаго знанія, т.-е. относя случаи *dubitatio* къ категоріи *bona fides*, мы бы создали для сомнѣвающихся владѣльцевъ мотивы поскорѣе превращать или въ случаѣ приближенія расчета съ дѣйствительнымъ управомоченнымъ немедленно превратить *fructus extantes* въ *fructus consumpti*, хотя бы это было соединено не только съ частнохозяйственными потерями, но и со вредомъ для народнаго хозяйства.

Обыкновенно въ случаѣ споровъ и процессовъ о правѣ собственности „достовернаго знанія“ нѣтъ, а есть только сомнѣнія и наличность большихъ или меньшихъ шансовъ, что вещь будетъ признана собственностью невлаждующаго претендента или наоборотъ. Чѣмъ сильнѣе владѣлецъ (онъ же, можетъ быть, и собственникъ) сомнѣвается въ благопріятномъ для него окончательномъ рѣшеніи дѣла, тѣмъ сильнѣе для него искушеніе распродать *fructus extantes*. Такимъ образомъ неудачное понятіе *bona fides* влечетъ за собою нравственный и экономическій вредъ.

Совершенно аналогичную ошибку новыя законодательства вводятъ обыкновенно въ свои правила объ искахъ о неосновательномъ обогащеніи, о возвращеніи наслѣдства и т. п. И здѣсь они, исходя изъ своей точки зрѣнія на честность и нечестность (добросовѣстность и недобросовѣстность), требуютъ для примѣненія полной отвѣтственности наличности знанія, такъ что въ случаѣ сомнѣнія имѣетъ мѣсто отвѣтственность, ограниченная наличнымъ обогащеніемъ. Это равняется безнравственному совѣту, обращенному къ владѣльцу наслѣдства въ случаѣ сомнительности его правъ и вѣроятности правъ иныхъ претендентовъ на наслѣдство, къ получателю *indebitum* въ случаѣ сомнительности долга и т. п.—пожить весело и покутить на чужой счетъ. Кромѣ этическаго и народно-хозяйственнаго вреда и неосновательныхъ потерь для другой стороны изъ такого отношенія законодателя къ вопросу, возникаетъ часто и ловушка для самого сомнѣвающегося. Можетъ оказаться, что, постаравшись по совѣту закона объ устраненіи обогащенія или о превращеніи *fructus extantes* въ *consumpti*, онъ самъ же себѣ повредилъ, ибо оказалось по вы-

ясненіи дѣла, что онъ былъ дѣйствительнымъ управомоченнымъ, а не его противникъ, какъ ему прежде казалось.

Въ обычномъ отношеніи новыхъ законодательствъ къ „добросовѣстности“ кроется еще и другой съ цивильно-политической точки зрѣнія весьма существенный промахъ. Между тѣмъ какъ римское право для наличности bona fides требовало извинительности ошибочнаго убѣжденія владѣльца въ своей правотѣ, т.-е. правъ добросовѣстности не предоставляло владѣльцу въ случаѣ наличности culpa съ его стороны, новыя законодательства подъ вліяніемъ ошибочнаго воззрѣнія на „добросовѣстность“ и „недобросовѣстность“ не считаютъ владѣльца недобросовѣстнымъ, хотя бы его „незнаніе“ основывалось на его собственной винѣ и небрежности.

И здѣсь слѣдуетъ указать на то, что право должно избѣгать обѣщанія и предоставленія премій на чужой счетъ за небрежность и легкомысліе.

Но, далѣе, слѣдуетъ принять во вниманіе и то обстоятельство, что въ категорію „знающихъ“ („достоверно знающихъ“, по терминологіи X-го тома) попадутъ на дѣлѣ лишь весьма немногіе изъ тѣхъ владѣльцевъ, которые внутри души убѣждены и увѣрены въ своей неправотѣ. Такіе владѣльцы, дѣйствительно нечестно относящіеся къ чужимъ правамъ, сами не сообщаютъ о своемъ „достоверномъ знаніи“ и будутъ до процесса и во время процесса дѣйствовать по мотивамъ, основаннымъ на обыкновенно исполнѣ правильномъ расчетѣ, что по закону на нихъ будетъ возложена только отвѣтственность по правиламъ о добросовѣстныхъ владѣльцахъ, потому что уличить ихъ въ положительномъ знаніи не удастся. Здѣсь кроется новый источникъ вреда для народнаго хозяйства и для деморализаціи. Разсчитывая на примѣненіе къ себѣ правилъ о bona fides, такіе въ дѣйствительности недобросовѣстные владѣльцы (чужого имѣнія, наслѣдства) или иные субъекты, которые обязаны по инымъ основаніямъ къ возвращенію находящагося у нихъ имущества (напр., indebitum), могутъ свободно вести хищническое хозяйство, растрачивать и повреждать чужое имущество и т. д., зная, что за свое злостное или корыстное поведеніе они никакой отвѣтственности подвергнуты быть не могутъ и что чѣмъ далѣе продолжается ихъ длительное правонарушеніе, тѣмъ больше можно нажить на чужой счетъ. Создаются

такимъ образомъ мотивы для совершения правонарушенія (напр., достиженія владѣнія чужою вещью, требованія и принятія недолжнаго, достиженія неправильнаго владѣнія чужимъ наслѣдствомъ etc.), для возможнаго продленія незаконно созданнаго положенія и для небрежнаго или хищническаго отношенія къ захваченному имуществу.

Слѣдуетъ, напротивъ, для признанія правъ *bonae fidei* требовать отсутствія не только *scientia* и *dubitatio*, но также и такихъ обстоятельствъ, на которыя *bonus et diligens pater familias* счелъ бы нужнымъ обратить свое вниманіе, какъ на резонные поводы для *dubitatio* или для устраненія *ignorantia*. Точнѣе и короче: *bona fides* слѣдуетъ признавать только въ случаяхъ извинительнаго убѣжденія въ правотѣ. Еще яснѣе съ гражданско-политической точки зрѣнія представляется существо рациональнаго понятія *bona fides* и задачъ права по отношенію къ добросовѣстности, если мы ее опредѣлимъ, какъ *prospicere non posse*, какъ извинительное непредвидѣніе (угрожающаго отнятія вещи, требованія возвращенія доходовъ etc.).

При такомъ понятіи устраняется расчетъ недобросовѣстныхъ владѣльцевъ и т. п. на то, что ихъ „знаніе“ не будетъ доказано, ибо такого доказательства и не требуется, а для примѣненія полной ответственности достаточно указать на обстоятельства (напр., приобрѣтенія вещи), игнорированіе которыхъ во всякомъ случаѣ является неизвинительнымъ (по обычному масштабу *culpa, diligentia boni patris familias*).

На основаніи вышеупомянутыхъ соображеній мы бы предложили слѣдующія правила:

1. Кто по извинительному заблужденію осуществляетъ не принадлежащее ему право пользованія вещью, будучи убѣжденнымъ въ принадлежности ему этого права, тотъ приобрѣтаетъ плоды въ собственность, какъ если бы мнимое право на вещь ему дѣйствительно принадлежало ¹⁾, до времени пре-

¹⁾ Мы нарочно не говоримъ: „съ момента отдѣленія“ (*separatio*) или т. п., а предлагаемъ это осторожное выраженіе въ виду того, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ права пользованія слѣдуетъ сохранить для приобрѣтенія плодовъ римское условіе *perceptio*. Современная теорія не понимаетъ смысла *perceptio*, какъ условія приобрѣтенія плодовъ, а потому, напр., новое германское уложеніе ясно и категорически постановляетъ (§ 954): „Кто въ силу какого-либо права на чужую вещь имѣетъ право присвоивать себѣ произведенія или иныя составныя части вещи, тотъ приобрѣтаетъ право-

кращенія извинительнаго заблужденія или до объявленія ему обѣ искѣ со стороны дѣйствительнаго управомоченнаго.

2. Послѣдній тѣмъ не менѣе можетъ требовать выдачи и тѣхъ естественныхъ плодовъ, которые во время прекращенія извинительнаго заблужденія или начала процесса находятся у мнимаго управомоченнаго въ натурѣ.

Въ гражданскомъ уложеніи эти правила могутъ быть формулированы еще короче, если (какъ это и слѣдуетъ сдѣлать) въ общей части уложенія помѣстить статью о непризнаніи *bona fides* (извинительности заблужденія) со времени начала процесса.

Въ случаѣ сохраненія термина „добросовѣстность“, въ общей части кодекса должно быть помѣщено легальное опредѣленіе этого понятія и указаніе на прекращеніе добросовѣстности началомъ процесса. Тогда предлагаемыя нами правила гласили бы:

собственности на нихъ... съ момента отдѣленія“. Но это общее положеніе въ высокой степени нераціонально и даже является до извѣстной степени юридическимъ абсурдомъ. Правило римскаго права, требующее для нѣкоторыхъ случаевъ приобрѣтенія плодовъ *perceptio*, имѣетъ свой рациональный смыслъ. Дѣло въ томъ, что нѣкоторыя вещныя права пользованія чужою вещью предназначены для предоставленія ихъ субъекту лишь извлеченія плодовъ въ ограниченномъ размѣрѣ, напр., въ размѣрѣ нуждъ личныхъ потребностей или нуждъ собственнаго хозяйства (*usus, servitutes praediorum*, ср. напр. право вѣзда въ чужіе лѣса). Сообразно съ этимъ нѣтъ резоннаго смысла предоставить субъекту такого права собственность на всѣ соотвѣтственныя отдѣленныя части чужой вещи, а достаточно признать за нимъ право собственности на тѣ плоды, которые онъ сообразно съ своими потребностями дѣйствительно собралъ (*perceptio*). Право же собственности на остальную массу должно быть предоставлено собственнику вещи. Иначе получились бы (въ случаѣ серьезнаго примѣненія приведеннаго постановленія новаго германскаго уложенія и другихъ новыхъ кодексовъ, рѣшающихъ вопросъ такъ же) замѣшательство, странные процессы и юридическіе курьезы. Напр., субъектъ права вѣзда въ чужой лѣсъ могъ бы виндцировать тотъ хворостъ (отдѣлившійся самъ собою) или тѣ дрова, которыя собственникъ взялъ изъ своего лѣса. Здѣсь бы получилось и по германскому уложенію дѣйствительно получается *dominium duorum* и даже *plurium* (если сервитутъ принадлежитъ многимъ) *in solidum*. Загадочнымъ *prime facie* въ римскомъ правѣ можетъ показаться только требованіе *perceptio* при узупруктѣ. Ключъ къ этой загадкѣ находится въ исторіи этого института. Узупруктъ первоначально предоставлялъ ограниченное личными потребностями пользованіе, ср. *Lehre v. Einkommen*, томъ I, § 16, *Dernburg* (новое изданіе) I § 247 N. 2.

„Кто добросовѣстно осуществляетъ не принадлежащее ему право пользования вещью, пріобрѣтаетъ до прекращенія добросовѣстности ¹⁾ плоды ея въ собственность, какъ если бы мнимое право на вещь ему дѣйствительно принадлежало.

Тѣмъ не менѣе тѣ естественные плоды, которые во время прекращенія добросовѣстности у него есть на лицо, онъ обязанъ возвратить дѣйствительному управомоченному“ ²⁾.

В. Критическій очеркъ отношенія новыхъ законодательствъ къ вопросу о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды.

§ 25. 1. Общія замѣчанія объ отношеніи новыхъ гражд. уложеній къ римскому праву.

Новые гражданскіе кодексы представляютъ продуктъ иныхъ психическихъ процессовъ, нежели римское право. Что естественной кристаллизацией бессознательной народной эмпирики ихъ содержимаго назвать нельзя, объ этомъ излишне распространяться. Излишне также особо излагать, почему теперь

¹⁾ Эти слова тоже могутъ быть исключены, потому что изъ формулы „кто добросовѣстно осуществляетъ“ и безъ того нетрудно вывести положеніе, выражаемое словами „до прекращенія добросовѣстности“.

²⁾ Здѣсь не затронуть вопросъ объ издержкахъ, потому что онъ долженъ быть регулируемъ въ другомъ мѣстѣ. Въ частности въ отдѣлѣ объ издержкахъ (въ общей части) должно быть помѣщено положеніе о причисленіи *oregae* къ издержкамъ (ср. *Lehre v. Einkommen* II, стр. 347 и сл.), такъ что тогда добросовѣстный владѣлецъ на общихъ основаніяхъ получить должно вознагражденіе за свой трудъ, поскольку къ факторамъ производства принадлежали и его *oregae*.

Предложенныя правила, какъ и все изслѣдованіе, ограничиваются областью вещнаго права, не касаясь вопроса, не было ли бы рационально съ цивилино-политической точки зрѣнія установить тѣ же принципы распределенія плодовъ (*fructus consumpti—fructus extantes*) и для обязательствъ (напр., *condictio indebiti*) и наследственнаго права (*b. f. possessio hereditatis*). Римское право, какъ извѣстно, въ этихъ случаяхъ при наличности *bona fides* ограничивало возвращеніе капитала размѣромъ обогащенія, но тотъ же размѣръ ответственности примѣняло и къ доходамъ. Изслѣдованіе этихъ вопросовъ будетъ находиться въ четвертой (еще не изданной) части 2-го тома *Lehre v. Einkommen*. Здѣсь мы только ограничимся намекомъ на наше убѣжденіе, что принципъ „обогащенія“ римскаго права не соответствуетъ современному состоянію народнаго хозяйства и напрасно реципируется новыми законодательствами.

гражданское право и не может развиваться такимъ же образомъ и подъ вліяніемъ такихъ же факторовъ, какъ въ римскую эпоху. Теперь назначаются коммисіи и составляются отдѣльные законы или цѣлыя уложенія и иначе быть не можетъ; во всякомъ случаѣ было бы нежелательно слѣдовать здѣсь политикѣ *laissez faire* и ждать успѣшнаго развитія отъ обычнаго права въ тѣсномъ смыслѣ или судебной практики ¹⁾.

При современномъ способѣ развитія гражданского права (т.-е. путемъ составленія уложеній) слѣдовало бы ожидать, что новыя гражданскія права составляютъ продуктъ сознательнаго, научнаго цивильно-политическаго мышленія. Въ пользу этого говоритъ и современное состояніе другихъ областей знанія. Но такое предположеніе оказалось бы ошибкою. Науки цивильной политики еще до сихъ поръ нѣтъ и о постановкѣ развитія гражданского права на почву научной, систематической и методической разработки можетъ быть рѣчь лишь относительно будущаго, а не прошедшаго или настоящаго времени.

Что же такое теперешнія гражданскія уложенія, какъ они дѣлаются, продуктомъ какихъ психическихъ процессовъ они являются?

Главнѣйшая и весьма преобладающая масса юридическаго матеріала, заключающагося въ новыхъ гражданскихъ уложеніяхъ, представляетъ продуктъ подражанія, копированія и компилированія, но безъ изученія цивильно-политическаго значенія оригинала. Основнымъ оригиналомъ для копированія является римское право. Такъ было въ началѣ появленія новыхъ кодификацій, когда для составленія компиляцій не было еще другихъ пособій въ видѣ сдѣланныхъ уже раньше компиляцій (гражданскихъ кодексовъ), но то же повторяется и въ новѣйшее время. Такъ, критики германскаго проекта очень удачно и вѣрно охарактеризовали его кличкою „маленькій Виндшейдъ“, т.-е. назвали его учебникомъ римскаго права, изложеннымъ въ видѣ статей.

Какъ уже видно изъ этого примѣра и естественно само по себѣ, матеріаль для копированія берется изъ вторыхъ рукъ. Компиляція происходитъ не по оригиналу, а по учебникамъ римскаго права.

¹⁾ Ср. *Lehre v. Einkommen* II, стр. 494 и сл. пр., стр. 578 и сл., стр. 599 etc.

Наука римскаго права, какъ бы она высоко ни стояла и какъ бы она глубоко ни изучала свой предметъ, не была бы въ состояніи замѣнить и сдѣлать излишнею самостоятельную и независимую науку гражданской политики, хотя бы уже потому, что въ римскомъ правѣ многіе изъ вопросовъ современнаго гражданскаго законодательства вовсе не затрогиваются. Поэтому извѣстная программа новыхъ романистовъ: „durch das römische Recht über dasselbe hinaus“ (Jhering), вполне правильная для странъ пандектнаго права съ точки зрѣнія практической юриспруденціи позитивнаго права, никоимъ образомъ не можетъ быть признана удовлетворительною съ точки зрѣнія задачъ гражданскаго законодательства. Впрочемъ, можно признать, что въ извѣстной части гражданскаго права романистическая наука дѣйствительно могла бы служить годнымъ суррогатомъ отсутствующей самостоятельной науки гражданской политики, но только въ томъ случаѣ, если бы она занялась научнымъ, критическимъ изученіемъ гражданско-политическаго значенія институтовъ и положеній римскаго права, т.-е. ихъ вліянія на народную экономію и этику, вообще на культуру народа и ея элементы. Тогда комиссіи, составляющія гражданскія уложенія, знали бы по крайней мѣрѣ, что и какъ можно заимствовать изъ римскаго права, а чего и какъ нельзя заимствовать въ виду того, что извѣстныя положенія или институты римскаго права вообще нераціональны или были раціональными только при современномъ ихъ возникновенію и дѣйствию состоянію культуры и ея элементовъ: этическихъ данныхъ, народной экономіи, правового быта etc.

Такое изученіе и такая критика римскаго права (независимо отъ своего значенія до поры до времени въ качествѣ частичнаго суррогата отсутствующей еще самостоятельной науки гражданской политики; независимой отъ римскаго или какаго бы то ни было иного положительнаго гражданскаго права) могла бы оказать важную помощь и будущей наукѣ политики гражданскаго права, доставляя ей въ извѣстныхъ областяхъ переработанный цѣнный эмпирический матеріалъ для опытной, индуктивной провѣрки ея дедукцій ¹⁾.

¹⁾ Подробнѣе о значеніи римскаго права, какъ матеріала для индуктивной провѣрки гражданско-политическихъ дедукцій и о другихъ матеріалахъ для той же цѣли въ *Lehre v. Einkommen*, II, стр. 580—623.

Но романистическая наука этой задачи не исполнила и объ изслѣдованіи и критической оцѣнкѣ экономическаго и культурнаго значенія институтовъ и положеній римскаго права она не позаботилась.

Вслѣдствіе этого составители гражданскихъ уложеній не могутъ найти въ учебникѣ Виндшейда, или иныхъ компендіяхъ римскаго права, руководства, дающаго имъ возможность сознательно и критически относиться къ положеніямъ римскаго права при кодификаціи. Современная наука римскаго права и въ частности представители т. н. практическаго направленія, какъ и представители „практическихъ школъ“ прежнихъ столѣтій, работаютъ, такъ сказать, не для законодателя, а только для судьи и адвоката. Только въ сравнительно рѣдкихъ случаяхъ, а именно, когда извѣстные положенія или институты римскаго права кажутся новымъ юристамъ странными и требующими особаго объясненія съ точки зрѣнія ихъ законодательной *ratio* или когда вслѣдствіе существованія контроверзы требуется опредѣлить, которое рѣшеніе даетъ лучшіе результаты, примѣняется обсужденіе *de lege ferenda*. Но и въ такихъ случаяхъ дѣло обыкновенно не идетъ дальше примѣненія житейской практичности и знаній дѣловыхъ и опытныхъ, въ особенности въ денежныхъ дѣлахъ и интересахъ, людей, такъ что и здѣсь едва ли можно констатировать существенный прогрессъ по сравненію съ знаніями и разсужденіями римскихъ *iuris prudentes*. Вмѣсто глубины пониманія народно-хозяйственнаго и культурнаго значенія изслѣдуемаго положенія получается въ лучшемъ случаѣ поверхностное и съ точки зрѣнія гражданской политики еще вовсе не рѣшающее указаніе на значеніе нормы для частныхъ интересовъ той или другой изъ гражданскихъ сторонъ (обыкновенно активной стороны: вѣрителя, собственника и т. п., при чемъ обыкновенно игнорируется точка зрѣнія противной стороны). Мы говоримъ „въ лучшемъ случаѣ“, потому что въ новѣйшее время въ романистическую науку проникла особенно односторонняя и поверхностная точка зрѣнія на гражданское право, какъ на защиту интересовъ гражданъ, и сообразно съ точкою зрѣнія „защиты“ преобладающую роль получила процессуально-практическая точка зрѣнія, такъ что даже интересы вѣрителя, собственника, какъ таковыхъ, подчасъ ступшевываются, чтобы уступить

мѣсто интересамъ истца, а житейская дѣловая мудрость смѣняется процессуальною опытностью и дѣловитостью. Ужъ не говоря объ изслѣдованіи функціи и роли данной нормы въ великой и сложной системѣ организациі народнаго хозяйства и воспитанія и развитія народнаго характера, не достигается даже всесторонняго изученія частно-хозяйственнаго ея значенія, а дѣло ставится часто такъ, какъ будто гражданское право существуетъ для процесса, какъ будто суть дѣла заключается въ процессуальныхъ удобствахъ и легкости „защиты“, въ доставленіи легкой процессуальной побѣды собственнику, вѣрителю и т. п. надъ неисправнымъ должникомъ etc. Примѣровъ такого суженія и измельчанія цивилистическаго кругозора можно было бы привести цѣлыя массы. Здѣсь мы только ограничимся намекомъ на ученіе Геринга объ институтѣ владѣнія (который, по его мнѣнію, созданъ для облегченія собственнику процесса о его правѣ) и на его же теорію института юридическаго лица (который, по его мнѣнію, существуетъ для облегченія проведенія исковъ заинтересованныхъ физическихъ лицъ), каковыя теоріи дѣйствительно весьма практичны и дѣловиты, но только онѣ состоятъ въ оставленіи прежнихъ болѣе глубокихъ и широкихъ точекъ зрѣнія на эти знаменитыя проблемы и въ переведеніи вопроса на почву мелко-практическихъ, процессуальныхъ соображеній, которыя сдѣлали бы честь ходатаю по дѣламъ, но едва ли будутъ отмѣчены будущими историками нашей науки въ качествѣ признаковъ глубины настоящей цивилистической мысли.

Какъ бы то ни было, несомнѣнно, что романистическая наука не изслѣдовала римскаго права такъ, чтобы приготовить почву для сознательнаго и критическаго отношенія законодателя къ римскимъ нормамъ. для различенія того, что и какъ реципировать изъ *Cornus iuris* съ точки зрѣнія гражданской политики рационально. что и въ какомъ направленіи слѣдуетъ измѣнить. Конечно, коммисіи для составленія гражданскихъ уложеній не въ состояніи вдругъ, по заказу, исполнить эту непредусмотрѣнную наукою задачу и часто поневолѣ попадаютъ въ рабскую зависимость отъ римскаго права, т.-е. отъ современной догматики римскаго права (выражаясь конкретно, отъ новѣйшихъ авторитетныхъ учебниковъ догмы римскаго права).

Въ этомъ заключается причина и источникъ массы гражданско-политическихъ промаховъ въ новыхъ гражданскихъ уложеніяхъ. Вводятся прежде всего цѣлыми массами анахронизмы, т.-е. такія положенія, которыя были рациональными въ римскую эпоху, но потеряли цивилильно-политическій смыслъ или даже сдѣлались положительно вредными при теперешнемъ состояніи народнаго хозяйства, правового быта etc. ¹⁾.

Въ другихъ случаяхъ источникомъ цивилильно-политическихъ промаховъ бываетъ стремленіе улучшить и упростить римское право при компилированіи его въ проектъ новаго уложенія, при чемъ вслѣдствіе недостатка цивилильно-политическаго знанія и пониманія эти мнимыя незначительныя упрощенія и улучшенія на самомъ дѣлѣ являются существеннымъ искаженіемъ цивилильно-политическаго смысла и порчею положеній римскаго права. Такъ, напр., исходя изъ романистической теоріи *bona fides*, новые законодатели, повидимому, только послѣдовательнѣе и гуманнѣе формулируютъ это понятіе, не признавая „недобросовѣстности“, „нечестности“ въ случаѣ сомнѣнія въ правѣ и въ случаѣ незнанія вслѣдствіе *culpa* или *culpa levis*, а между тѣмъ этимъ путемъ съ цивилильно-политической точки зрѣнія вся система особеннаго права, выработанная римскимъ правомъ для случаевъ *bona fides*, существенно искажается и дѣлается въ значительной части вредною и нераціональною въ новыхъ кодексахъ.

Источникомъ неудачныхъ законовъ романистическаго происхожденія является, наконецъ, и незнаніе подлиннаго содержанія римскаго права. Реципируются и положенія, цивилильно-политически нераціональныя и въ то же время съ точки зрѣнія догмы римскаго права ошибочныя, основанныя на неправильномъ толкованіи римскихъ фрагментовъ, на неправиль-

¹⁾ Такъ, напр., постановленія новыхъ уложеній о процентахъ, о плодахъ, отношеніе ихъ къ *mandatum*, *depositum* etc. представляютъ, такъ сказать, анахронизмы *in complexu* и въ деталяхъ, ср. *Lehre v. Einkommen I* и *II passim*, въ особенности *II §§ 18, 26—31, 33, 35* и стр. 439—450. Получаются странныя явленія. что, напр., для пониманія положеній о законныхъ процентахъ въ новыхъ кодексахъ необходимо принять во вниманіе неразвитость кредита въ римскомъ государствѣ, что другіе новые законы или пробѣлы закона находятся въ тѣсной связи съ существованіемъ рабства въ Римѣ etc. etc.

номъ извлеченіи общихъ юридическихъ положеній изъ частныхъ рѣшеній *Corpus iuris etc.* (ср. для примѣра выше объ ограниченіи нашего института владѣніемъ въ видѣ собственности, условіемъ наличности титула etc.). При существованіи самостоятельной науки политики гражданскаго права такая зависимость отъ такого или иного пониманія изреченій римскихъ юристовъ была бы естественно устранена, потому что тогда новый законодатель рѣшалъ бы соответственные вопросы, не смотря по тому, какое толкованіе такого или иного *fragmentum Papiniani* кажется правильнымъ, а смотря по тому, какое рѣшеніе рационально съ цивильно-политической точки зрѣнія.

Но въ виду отсутствія науки цивильной политики нельзя не признать, что наука римскаго права въ извѣстныхъ областяхъ оказывала и оказываетъ развитію гражданскаго права великія услуги. Чѣмъ правильнѣе современная наука римскаго права констатируетъ дѣйствительное содержаніе римскихъ нормъ, тѣмъ въ лучшемъ видѣ переходитъ римское право въ составляемый въ данное время новый гражданскій кодексъ. Въ этомъ не трудно убѣдиться, сопоставивъ болѣе старыя и новѣйшія кодексы. Прогрессъ въ уясненіи дѣйствительнаго содержанія римскаго права отражается тоже въ смыслѣ прогресса на новыхъ гражданскихъ уложеніяхъ. Въ этомъ смыслѣ правъ былъ Савильи, полагая, что для составленія гражданскаго уложенія прежде всего требуется точное изученіе римскаго права. И это мнѣніе не лишится значенія, пока не возникнетъ самостоятельная наука цивильной политики, пока качество и содержаніе новаго гражданскаго законодательства не освободятся отъ причинной зависимости отъ развитія пандектной доктрины. Римское право и его изученіе въ этомъ смыслѣ фактически являлось прежде и является еще теперь замѣною отсутствующей науки цивильной политики и поэтому наука римскаго права имѣла и имѣетъ весьма важное, болѣе инстинктивно чувствуемое, нежели сознательно опредѣляемое ¹⁾ значеніе и для тѣхъ народовъ, среди которыхъ оно не является дѣйствующимъ правомъ. Въ виду

¹⁾ Напр., тѣми многочисленными пунктами, которые традиціонно повторяются въ учебникахъ и вступительныхъ лекціяхъ: „о значеніи изученія римскаго права“.

этого было бы въ высшей степени легкомысленнымъ пренебрежительно относиться къ догматическимъ изслѣдованіямъ по римскому праву, не думая въ то же время объ обоснованіи и развитіи науки гражданской политики. Конечно, „практичнѣе“ заниматься толкованіемъ мѣстнаго гражданского уложенія для надобностей „практики“, но нельзя забывать, что существуетъ и другой вопросъ, можетъ быть, болѣе насущный и важный, а именно необходимость подъ страхомъ существеннаго вреда для экономической жизни и культуры страны по возможности скорѣе освободиться отъ этого далеко не удовлетворительнаго уложенія и всевозможныхъ толкованій и перетолковываній его положеній.

Кромѣ римскаго права и его доктрины источникомъ для компіляціи новыхъ гражданскихъ уложеній въ извѣстныхъ болѣе ограниченныхъ размѣрахъ и специальныхъ областяхъ является и право германскаго происхожденія. Такъ называемое германское право, составляющее предметъ патріотическаго восторга и умиленія ожесточенныхъ враговъ романизма и римскаго права — германистовъ, и признаваемое ими за истинное и драгоцѣнное проявленіе національно духа, за сокровищницу правовыхъ благъ, которыя должны вытѣснить и замѣнить римское право и сдѣлаться истиннымъ основаніемъ для дальнѣйшаго развитія гражданского права — это такъ называемое германское право на самомъ дѣлѣ представляетъ довольно странное и объяснимое только исторически соединеніе крайне противоположныхъ и несоединимыхъ началъ и при томъ довольно космополитическаго характера. Сюда входитъ главнымъ образомъ, съ одной стороны, крайне космополитическое торговое право, воплощающее ультра-меркантильныя начала *fin de siècle*, а съ другой стороны остатки примитивнаго и патриархальнаго строя родовой, сословной зависимости, полного подчиненія женщины и дѣтей патриархальной власти etc., т.-е. вообще опять-таки воплощенія довольно космополитическихъ началъ, свойственныхъ не столько особому германскому національному духу, сколько вообще народамъ, находящимся на извѣстной болѣе низкой ступени культуры. Сущность тенденцій германизма состоитъ въ основанной на отсутствіи критики, но тѣмъ болѣе воодушевленной вѣрѣ въ національный характеръ обѣихъ этихъ частей „германскаго права“ и въ стремленіи доставить имъ тор-

жество надъ романизмомъ, при чемъ игнорируется также крайне враждебный и противоположный другъ другу характеръ различныхъ частей этого германскаго права, разсматриваемаго, какъ что-то единое и одинаково достойное послужить основаніемъ для созданія гражданскаго уложенія и дальнѣйшаго развитія гражданскаго права. Вообще въ области германизма отсутствіе науки гражданской политики не менѣе даетъ себя чувствовать и ведетъ къ не менѣе страннымъ и вреднымъ заблужденіямъ, какъ и въ области романизма.

При такомъ положеніи дѣла хроническая вражда между германизмомъ и романизмомъ моментально переходитъ въ острый и непримиримый конфликтъ, какъ только возникнетъ вопросъ о кодификаціи вообще и о томъ въ особенности, поскольку въ основаніе новаго уложенія положить римское или германское право. Естественно также, что этотъ конфликтъ не можетъ разрѣшиться выборомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ тѣхъ положеній, независимо отъ ихъ римскаго или германскаго первоначальнаго происхожденія, которыя представляютъ лучшее рѣшеніе съ точки зрѣнія цивильной политики, ибо для этого требовалась бы наличность того, что отсутствуетъ и вдругъ по заказу сдѣлано быть не можетъ; а именно для этого требовалась бы наличность научнаго цивильно-политическаго знанія и сравнительной оцѣнки всей массы различныхъ, прежде такъ сказать другъ друга не знавшихъ, а теперь вдругъ очутившихся лицомъ къ лицу и смотрящихъ другъ на друга съ недоумѣвающей враждою положеній германскаго права, съ одной стороны, и римскаго права, съ другой стороны. вмѣсто того, чтобы изъ этихъ двухъ враждебныхъ массъ образовалась единая мирная армія для борьбы за экономическое и этическое благоденствіе и прогрессъ, составленная изъ лучшихъ элементовъ той и другой массы, происходитъ борьба и рѣзня между массами, какъ таковыми, а побѣда зависитъ отъ разныхъ случайныхъ обстоятельствъ, отъ тактики предводителей, отъ такихъ господствующихъ теченій общественнаго мнѣнія, которыя бы не должны вліять на гражданское законодательство, напр., отъ популярности въ данное время узко-націоналистическихъ лозунговъ etc.

И появленіе „маленькаго Виндшейда“, т.е. перваго чтенія проекта общегерманскаго уложенія, вмѣстѣ съ возва-

ніемъ канцлера Германской Имперіи, приглашающимъ къ критикѣ этого проекта, вызвало страшную бурю со стороны германистовъ, съ патріотическимъ негодованіемъ отвергавшихъ предлагаемое „антинаціональное“ право и взывавшихъ къ общественному мнѣнію о помощи для спасенія отъ униженія и гибели дорогого сердцу всякаго истиннаго патріота германскаго права.

Для нашихъ цѣлей здѣсь излишне входить въ подробное объясненіе причинъ, почему на этотъ разъ германизму удалось одержать блестящую побѣду, и мы ограничиваемся констатированіемъ факта, что романизмъ и въ частности представители практическо-догматической школы были застигнуты вопросомъ кодификаціи, т.-е. несмѣтной массою цивильно-политическихъ вопросовъ, о которыхъ они вовсе не думали, интересуясь лишь ближайшими и мелкими практическими вопросами толкованія и примѣненія права, въ полномъ смыслѣ слова врасплохъ. Несмотря на свою вѣру въ мудрость и универсальное значеніе римскаго права, они не въ состояніи были ни защитить это право вообще, ни путемъ сознательной и научной аргументаціи указать и доказать *in concreto*, почему такіе-то институты или нормы римскаго права представляютъ дѣйствительно „*ratio scripta*“, въ чемъ заключается ихъ цивильно-политическая мудрость и почему они заслуживаютъ реценціи.

Положимъ, и германисты не были въ состояніи путемъ научной цивильно-политической аргументаціи указать и доказать достоинства своего правового товара. И ихъ приверженность къ институтамъ и положеніямъ германскаго права основывалась не на цивильно-политическомъ изслѣдованіи, знаніи и пониманіи этихъ институтовъ и нормъ, а на общей вѣрѣ въ необходимость и прекрасность національнаго права и на общей любви къ остаткамъ идеализируемаго феодальнаго прошлаго. Такимъ образомъ общая и неопредѣленная вѣра и догма стояли противъ такой же вѣры и догмы. Общему романистическому лозунгу: „*durch das römische Recht*“ (Герингъ) противостоялъ такой же по характеру и научной неизслѣдованности, но противоположный по направленію лозунгъ: „*durch das deutsche Recht*“ (Gierke).

Но тѣ постороннія обстоятельства, общіе лозунги и теченія, которые, за отсутствіемъ науки цивильной политики и

цивильно-политической изслѣдованности римскаго и германскаго права, играли рѣшающую роль, оказались союзниками германистовъ и содѣйствовали фіаско романизма. Весь періодъ критики перваго чтенія проекта былъ триумфальнымъ шествіемъ германизма, особенно въ лицѣ самаго замѣчательнаго и мощнаго интеллектуально и этически его представителя Оттона Гирке ¹⁾. Романисты слѣшили заявить покорность его командѣ, при критикѣ проекта являлись послушными исполнителями его лозунговъ и слѣшили отречься отъ своей приверженности къ романизму и принципамъ римскаго права.

Этимъ опредѣлилось направленіе дѣятельности второй комиссіи, исправлявшей первый проектъ на основаніи указаній критики и выработавшей такимъ образомъ: „второе чтеніе“ проекта германскаго гражданскаго уложенія, которое послѣ еще нѣкоторыхъ сравнительно необширныхъ поправокъ со стороны союзныхъ правительствъ и рейхстага возведены въ прошломъ году въ законъ.

Стремленіе второй комиссіи было направлено главнымъ образомъ на то, чтобы по возможности замѣнить въ проектѣ римское право національнымъ правомъ. Гдѣ можно было выбирать между римскими и германскими положеніями, институтами и конструкціями, тамъ предпочтеніе отдавалось національному элементу и при томъ старались провести его возможно демонстративнѣе, рельефнѣе и послѣдовательнѣе, а принципы римскаго права по возможности исключить или по крайней мѣрѣ ступшевать, ослабить или видоизмѣнить въ частностяхъ.

Впрочемъ, не слѣдуетъ думать, что вслѣдствіе этого новое германское уложеніе является уже не „маленькимъ Виндшейдомъ“, а „маленькимъ Гирке“. Фактически, при всемъ

¹⁾ Главные корифеи романизма Дерибургъ и Герингъ въ обсужденіи законодательныхъ вопросовъ, возбужденныхъ появленіемъ проекта германскаго уложенія, почти участія не принимали. Вообще въ періодъ и въ области цивильной политики—критики проекта—распредѣленіе ролей и въ особенности главныхъ ролей оказалось инымъ, нежели въ области исторіи и догматики гражданскаго права. Это вполне естественно вслѣдствіе различія этихъ областей. Тѣмъ характернѣе главное изъятіе, а именно тотъ фактъ, что капельмейстеромъ всего цивильно-политическаго концерта явился специалистъ по исторіи германскаго права—Gierke.

желаніи и усердіи избѣгнуть этого, главнымъ и рѣшительно преобладающимъ элементомъ въ будущемъ гражданскомъ уложеніи суждено было остаться римскому, а не германскому праву просто потому, что т. н. германское гражданское право не представляетъ полной и технически разработанной системы права, которая могла бы замѣнить систему римскаго права, а лишь аггломератъ отдѣльныхъ сравнительно не особенно многочисленныхъ правовыхъ принциповъ и институтовъ, представляющихъ отчасти обломки и осколки средневѣковой старины, отчасти разрозненные продукты новаго времени. И первый проектъ представлялъ, конечно, систему римскаго права не въ чистомъ видѣ, а съ разными вставками и заплатами изъ германистическаго матеріала и тѣмъ же является и новое уложеніе; только испещреніе такими вставками и заплатами достигнуто въ большемъ размѣрѣ и имъ придана болѣе яркая окраска.

Тѣмъ не менѣе для пониманія характера всего уложенія и происхожденія различныхъ его деталей весьма важно принимать во вниманіе, что оно образовалось подъ сильнымъ давленіемъ стремленій придать будущему уложенію во что бы то ни стало германистическую окраску.

Для пониманія процесса возникновенія новыхъ гражданскихъ уложеній, впрочемъ, необходимо далѣе принять во вниманіе, что компиляція составляется подчасъ вообще или отчасти не столько на основаніи первоисточниковъ—римскаго и германскаго права, сколько по болѣе или менѣе искаженнымъ копіямъ этихъ первообразовъ, а именно по другимъ уже составленнымъ раньше уложеніямъ-компиляціямъ, отражающимъ отчасти болѣе низкое состояніе знанія римскаго и германскаго права. Этимъ путемъ вводятся въ новыя уложенія подчасъ и нѣкоторыя удачныя отступленія отъ римскаго права, но подчасъ и цивильно-политическіе промахи, попавшіе въ прежній кодексъ только вслѣдствіе недоразумѣнія, но при составленіи послѣдующаго уложенія имѣющіе уже въ свою пользу авторитетъ того кодекса, гдѣ они находятя.

§ 26. 2. ПОСТАНОВЛЕНИЯ ФРАНЦУЗСКАГО, ИТАЛЬЯНСКАГО, АВСТРІЙСКАГО И ПРУССКАГО ГРАЖД. УЛОЖЕНІЙ.

Предыдущія замѣчанія не лишни для пониманія смысла и происхожденія положеній новыхъ кодексовъ вообще и ихъ отношенія къ нашему институту въ частности.

Приводимъ законы главнѣйшихъ новыхъ уложеній о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды:

Code civil постановляетъ:

Art. 549. Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi; dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique.

Art. 550. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.—Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.

Эти законы представляютъ заимствование изъ римскаго права (даже съ редакціонной точки зрѣнія; характерно въ этомъ отношеніи выраженіе: *fait les fruits siens—fructus suos facit*) съ устраненіемъ странной и непонятной *restitutio fructuum extantium*. При томъ римское право, конечно, заимствовано въ томъ видѣ, какъ его понимали современные догматики-романисты, т.-е. въ нѣсколько искаженномъ видѣ. Къ такимъ ошибкамъ (съ точки зрѣнія заимствуемой догмы римскаго права и въ то же время гражданской политики) относятся: 1) ограниченіе института владѣніемъ въ видѣ собственности (*possède comme propriétaire*), 2) требованіе титула приобрѣтенія главной вещи (*en vertu d'un titre translatif de propriété*); 3) что касается неправильнаго опредѣленія *bona fides*, ср. выше, стр. 235 и сл.

Codice civile per il regno d'Italia постановляетъ:

701. È possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza d'un titolo abile a trasferire il dominio, del qual titolo ignorava i vizi.

702. La buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve darne la prova.

Basta che la buona fede vi sia stata al tempo dell'acquisto.

703. Il possessore di buona fede fa suoi i frutti, e non è tenuto a restituire se non quelli che gli siano pervenuti dopo la domanda giudiziale.

Здѣсь къ ошибкамъ французскаго кодекса прибавлено еще постановленіе о достаточности наличности bona fides въ моментъ приобрѣтенія владѣнія главною вещью, т.-е. примѣнено правило римскаго права о *condicio usucapiendi* (m. f. *superveniens non nocet*) къ институту приобрѣтенія плодовъ (ср. мнѣніе Юліана въ l. 25 § 2 D. de usur. 22,1, выше стр. 24).

Австрійское гражданское уложеніе точнѣе и правильнѣе передаетъ положенія римскаго права и его правила поэтому соотвѣтственно лучше и съ точки зрѣнія цивильной политики. Такъ, оно признаетъ наличность недобросовѣстности владѣнія не только въ случаѣ знанія владѣльца, что вещь не принадлежитъ ему, но также и въ томъ случаѣ, если владѣлецъ по обстоятельствамъ дѣла долженъ предполагать принадлежность вещи другому (ст. 326). Оно различаетъ законныхъ владѣльцевъ, какъ владѣльцевъ, снабженныхъ титуломъ, отъ незаконныхъ, указываетъ, что добросовѣстнымъ можетъ быть и „незаконный владѣлецъ“ (ст. 326) и въ ст. 330, представляющей добросовѣстному владѣльцу плоды вещи въ собственности съ момента отдѣленія, не упоминаетъ объ условіи законности владѣнія ¹⁾).

Впрочемъ, этотъ прогрессъ въ Австрійскомъ уложеніи не свидѣтельствуетъ о прогрессѣ цивильно-политическаго пониманія института приобрѣтенія плодовъ или пониманія bona fides вообще, какъ это, напр., видно изъ устраненія *restitutio fructuum extantium* или изъ признанія наличности bona fides и во время процесса (ст. 338) ²⁾.

Болѣе самостоятельное отношеніе къ римскому праву и оригинальное отступленіе отъ него находимъ въ области на-

¹⁾ Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringenden Früchte, sobald sie von der Sache abgedindert worden sind; ihm gehören auch alle andere schon eingehobene Nutzungen, insofern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind.

²⁾ Саксонское уложеніе кратко постановляетъ: 1) въ § 308, что добросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ за плоды только со времени извѣщенія объ искѣ, 2) въ § 244, что онъ приобрѣтаетъ на плоды съ момента отдѣленія право собственности. По § 188 добросовѣстнымъ признается владѣлецъ, считающій себя собственникомъ.

шого института, какъ и по многимъ другимъ вопросамъ, въ Прусскомъ Земскомъ Уложеніи. Главная особенность состоитъ въ установленіи особыхъ правилъ пропорціональнаго дѣленія плодовъ между собственникомъ и добросовѣстнымъ (титулованнымъ) владѣльцемъ вещи.

Чтобы понять происхождение и содержаніе этого нововведенія, необходимо, впрочемъ, тоже обратиться къ римскому праву, а именно къ его институту дѣленія доходовъ приданнаго между мужемъ и женою.

Этотъ институтъ, какъ мы старались доказать въ *Fruchtvertheilung* (1-te Abhandl.) ¹⁾, находился въ тѣснѣйшей связи съ римскою свободою разводовъ, т.-е. съ возможностью для обоихъ супруговъ во всякое время путемъ односторонняго изъявленія развода прекратить личныя и имущественныя брачныя право-отношенія. Послѣдствіемъ такого разводнаго права было то, что жена, объявивъ разводъ предъ жатвами, могла бы присвоить себѣ весь валовой доходъ отъ приданнаго за послѣдній годъ, что мужъ, женившись предъ жатвами и объявивъ разводъ послѣ сбора плодовъ, могъ бы аналогично устроить выгодную спекуляцію насчетъ жены, и что во всякомъ случаѣ для обоихъ супруговъ такой или иной выборъ времени развода связанъ былъ бы съ весьма важными имущественными послѣдствіями въ томъ смыслѣ, что путемъ удачнаго выбора времени развода одинъ супругъ могъ достигнуть крупнаго обогащенія насчетъ другого. Такимъ образомъ принципъ неограниченной свободы развода вмѣстѣ съ правиломъ, что доходы отъ дотальнаго имѣнія принадлежать мужу или женѣ, смотря по тому, собраны ли они во время брака или нѣтъ, скрывали въ себѣ зловредный нравственный ядъ, примѣшивая къ вопросу о продолженіи брака или разводѣ, а равно и къ вопросу о выборѣ времени развода, корыстные и безчестные мотивы и создавая возможность грязныхъ спекуляцій на почвѣ брачныхъ отношеній.

И вотъ цивильно-политическая функція института *fructuum*

¹⁾ И теперь, повидимому, можетъ считаться господствующимъ мнѣніемъ, ср. Dernburg, III, § 22 съ третьяго изданія, Oertmann въ указанной выше рецензіи, стр. 578; Endemann въ „Jurist. Litteraturblatt“ № 40, стр. 3; Hellmann въ *Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft*, N. F. XVII стр. 81; Eck въ *Sammlung von Vorträgen über d. Entw.* Heft I., стр. 33, и др.

dotis divisio состояла въ очищеніи римскаго брачнаго права отъ поводовъ и основаній для такихъ грязныхъ мотивовъ и расчетовъ. Возникновеніе этого института устранило для жены денежный мотивъ объявить разводъ именно до жатвъ, а для мужа мотивъ спекулировать въ противоположномъ направленіи, потому что правила пропорціональнаго дѣленія доходовъ приданаго напередъ устранили возможность непропорціональнаго обогащенія или потери для одного изъ супруговъ, смотря по моменту развода.

Къ этой, такъ сказать, нравственно-очистительной функціи были приспособлены и отдѣльныя положенія института *fructuum divisio*, въ частности, напр., сообразно съ этой задачей института дѣленіе доходовъ относилось только къ такъ называемому послѣднему дотальному году, но не касалось перваго, т.-е. подлежали дѣленію только тѣ жатвы, аппетитъ на которыя могъ вліять на поведеніе супруговъ и деморализировать ихъ.

Во всѣхъ прочихъ многочисленныхъ случаяхъ перехода права на доходы отъ одного лица къ другому, напр., въ случаѣ возникновенія или прекращенія узурфрукта, въ случаѣ приобрѣтенія легата или выдачи фидеикоммисса etc. etc. римское право не знаетъ подобнаго пропорціональнаго дѣленія, а рѣшаетъ просто, что предыдущему управомоченному, напр. наслѣднику, принадлежатъ плоды, собранные имъ до момента прекращенія его права, послѣдующему же управомоченному, напр., легатарію, узурфруктуару или прибрѣвшему собственность или только право пользованія по иному какому либо основанію принадлежатъ плоды, которые еще не были собраны при его предшественникѣ. Въ этихъ случаяхъ прекращеніе права пользованія зависитъ не отъ произвола стороны, желающей обогатиться на счетъ другого, и здѣсь во всякомъ случаѣ примѣненіе спеціальныхъ правилъ о *fructus dotis*, имѣющихъ въ виду именно возможность произвольныхъ спекуляцій, не имѣло бы цивильно-политическаго смысла.

Совсѣмъ иначе смотрѣла на эти вопросы наука римскаго права съ эпохи глоссаторовъ вплоть до нашихъ дней. Здѣсь традиціонно господствовала слѣдующая точка зрѣнія.

Не обращая вниманія на психическое воздѣйствіе нормъ гражданскаго права, на вліяніе ихъ на мотивацію и поведеніе сторонъ, и слѣдовательно на измѣнчивость *species facti* подь

психическимъ вліяніемъ содержанія дѣйствующаго права, а, напротивъ, исходя изъ *species facti* (въ данномъ случаѣ состоящихъ въ прекращеніи брака до или послѣ жатвъ), какъ чего-то прочно, независимо отъ психическаго воздѣйствія права, неизмѣнно даннаго, романисты не замѣчали особаго значенія и основанія римскихъ правилъ о дѣленіи дотальныхъ плодовъ, видѣли въ нихъ только воплощеніе принципа справедливаго и равномѣрнаго дѣленія плодовъ пропорціонально продолжительности правъ мужа на приданое и опега *matrimonii* и удивлялись, почему римское право не распространило такихъ же справедливыхъ правилъ дѣленія и на узупруктъ. При этомъ игнорировалось и то обстоятельство, что нельзя видѣть въ рѣшающемъ значеніи момента *rescriptio* при узупруктѣ что-то особенное и исключительное, свойственное именно римскому узупрукту, что тотъ же принципъ дѣйствуетъ во всей системѣ римскаго права, такъ что его отнюдь нельзя объяснять съ точки зрѣнія особенностей узупрукта, и что, напротивъ, дѣленіе дотальныхъ плодовъ представляетъ сингулярное и исключительное явленіе, единичное изъятіе изъ общихъ принциповъ римскаго права.

Эти недоразумѣнія были причиною разныхъ практическо-догматическихъ промаховъ со стороны юриспруденціи, а также и возникновенія весьма неудачныхъ законовъ въ новыхъ гражданскихъ уложеніяхъ. Такъ, напр., романисты въ виду мнимаго тождества *ratio iuris* стремились распространить аналогично римскія правила дѣленія дотальныхъ плодовъ на ленныя отношенія, семейные фиденкомиссы, *usus fructus maritalis* германскаго права etc. *Code civil* и *Codice civile* содержатъ въ данной области чисто внѣшнее и съ точки зрѣнія современной гражданской политики въ высшей степени нераціональное подражаніе римскому праву („Fruchtvertheilung“, стр. 233 и сл.) etc. Что касается составителя прусскаго *Landrecht*, то онъ исходилъ изъ того, что отношеніе римскаго права къ узупрукту въ области доходовъ несправедливо и поэтому онъ не ограничился установленіемъ пропорціональнаго дѣленія для брачно-имущественныхъ отношеній, а распространилъ его и на узупруктъ и институты германскаго права: ленныя отношенія, семейные фиденкомиссы, а также и на добросовѣстное владѣніе. При этомъ дѣленіе относится только къ послѣднему году названныхъ отношеній, какъ и въ рим-

скомъ правѣ, хотя этотъ принципъ римскаго права покоится на спеціальной *ratio*, теперь исчезнувшей въ области семейственнаго права и не существующей въ другихъ случаяхъ примѣненія прусскихъ правилъ дѣленія ¹⁾.

Входить въ подробное разсмотрѣніе самыхъ весьма неудачныхъ ²⁾ правилъ дѣленія плодовъ прусскаго права здѣсь нѣтъ необходимости, а достаточно ограничиться указаніемъ на неумѣстность распространенія института пропорціональнаго дѣленія доходовъ на добросовѣстное владѣніе.

Съ точки зрѣнія сознательной и рациональной гражданской политики рецепція римскихъ правилъ дѣленія дотальныхъ плодовъ даже съ ограниченіемъ области ихъ примѣненія дотальнымъ правомъ (какъ это, напр., сдѣлали составители *Code civil*, art. 1571), конечно, должна быть отвергнута; тѣмъ не менѣе въ пользу установленія дѣленія доходовъ вообще при перемѣнѣ субъектовъ права пользованія (или правъ, содержащихъ въ себѣ и право пользованія, какъ-то права собственности) на другихъ основаніяхъ и не только въ послѣднемъ году извѣстныхъ отношеній можно привести вѣскія гражданско-политическія соображенія, какъ съ точки зрѣнія распределенія народнаго дохода (и капитала), такъ и съ точки зрѣнія производства. Главная сущность ихъ сводится къ слѣдующему:

Предоставляя другимъ (напр., предоставляя въ завѣщаніи usufructъ своего имѣнія своему родственнику) и приобрѣтая права пользованія на какія-либо капитальныя имущества, люди имѣютъ въ виду предоставить или приобрѣсть соотвѣтственную продолженію права пользу, соотвѣтственный доходъ отъ капитала. Между тѣмъ принципъ римскаго права, особенно рельефно формулированный въ art. 585 *Code civil* („Плоды, стоящіе или висящіе въ моментъ открытія usufructа, принадлежатъ usufructуару; плоды, находящіеся въ томъ же состояніи въ моментъ прекращенія usufructа, принадлежатъ собственнику безъ вознагражденія съ той или другой стороны издержекъ на обработку поля и посѣвы) ведетъ въ этой области къ случайнымъ неожиданностямъ, напр., къ тому, что временный субъектъ права пользованія, при существованіи его

¹⁾ Ср. *Fruchtvertheilung*, стр. 237 и слѣд.

²⁾ *Fruchtvertheilung*, l. c.

права какъ разъ въ теченіе времени сбора плодовъ, въ одинъ мѣсяць можетъ случайно получить не только подготовленный другимъ чистый доходъ цѣлаго года, но и значительную (при теперешнемъ интенсивномъ хозяйствѣ весьма значительную) сумму чужого оборотнаго капитала, заключеннаго въ валовомъ доходѣ, или, наоборотъ, при другихъ обстоятельствахъ — къ тому, что такой субъектъ вмѣсто пользы отъ предоставленнаго ему права понесетъ только значительныя потери въ видѣ затратъ на производство, продукты котораго достаются вслѣдствіе наступленія обстоятельствъ, прекращающихъ его право до жать, другому. Этимъ нарушается правильный ходъ распредѣленія народнаго дохода и капитала и желательная причинная связь этого распредѣленія съ законными намѣреніями и дѣятельностью субъектовъ частныхъ хозяйствъ, а вмѣсто этого вводятся случайные, экономически не мотивированные прыжки хозяйственныхъ благъ изъ одного частнаго хозяйства въ другое, нарушающіе нормальный *status quo* этихъ хозяйствъ и оказывающіе ненормальное этическое вліяніе, какъ на субъектовъ, случайно на чужой счетъ обогащающихся, такъ и на тѣхъ, которые столь же случайно несутъ потери и убытки. Съ точекъ зрѣнія правильнаго и равномѣрнаго удовлетворенія потребностей и производства, равно и съ воспитательной точки зрѣнія желательно вообще избѣгнуть этихъ аномалій.

Обращаясь затѣмъ къ субъекту права пользованія, которому предстоитъ скорѣе прекратиться, слѣдуетъ еще принять во вниманіе, что въ случаѣ знанія или предвидѣнія съ его стороны угрожающей опасности лишенія подготовляемыхъ жатвъ и потери оборотнаго капитала возникаютъ для него мотивы, ведущіе къ излишней и вредной съ точки зрѣнія народнаго хозяйства бережливости и небрежности производства.

Въ виду этихъ соображеній мы въ другомъ мѣстѣ для случаевъ перехода права пользованія проектируемъ (въ видѣ диспозитивной нормы) такое правило дѣленія, которое устраняетъ указанную аномалію распредѣленія и заинтересовываетъ субъекта подлежащаго переходу права въ успѣхъ производства („Fruchtvertheilung“, стр. 252—268).

Но это правило и его цивильно-политическое основаніе относятся именно только къ правамъ пользованія, а не къ пользованію, нарушающему право, хотя бы правонарушеніе покоилось на недоразумѣніи (*bona fides*). Въ противномъ слу-

чаѣ получилось бы не улучшение, а въ сравненіи съ римскими правилами о *fructus consumpti* и *extantes* существенное ухудшение права.

а) Что касается издержекъ, потраченныхъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ на жатву, достающуюся собственнику, то уже римское право предписываетъ возмѣщеніе ихъ, и, конечно, онѣ должны быть возмѣщены по общимъ правиламъ о вещныхъ искахъ, такъ что вопросъ здѣсь возникаетъ только относительно судьбы чистаго дохода отъ чужой вещи, а не относительно капитала владѣльца.

б) Предоставлять же добросовѣстному владѣльцу часть этого дохода ради того, чтобы заинтересовать его въ успѣхѣ производства, было бы нелѣпо, такъ какъ по самому понятію *bona fides* добросовѣстный владѣлецъ не можетъ знать о примѣненіи къ нему этихъ правилъ, слѣдовательно и не подлежитъ психическому воздѣйствию съ ихъ стороны; да это съ народно-хозяйственной точки зрѣнія было бы и излишнимъ, потому что добросовѣстный владѣлецъ и безъ того (считая себя собственникомъ или т. п.) заинтересованъ въ успѣшности производства.

с) Остается только вопросъ распредѣленія дохода отъ чужого имѣнія, постулатъ доставленія добросовѣстному владѣльцу дохода, пропорціональнаго продолжительности его добросовѣстнаго владѣнія. Но о защитѣ такого постулата по аналогіи съ соответственнымъ постулатомъ, выставленнымъ нами относительно права пользованія, а именно съ точки зрѣнія правильнаго хода распредѣленія народнаго дохода рѣчи быть не можетъ. Здѣсь была бы на лицо не аналогія, а противорѣчіе. Съ точки зрѣнія желательности гарантіи и доставленія всякому управомоченному пользы, пропорціональной продолжительности его права, слѣдовало бы предоставить весь доходъ именно управомоченному, а не нарушителю его права. Съ этой точки зрѣнія уже предоставленіе владѣльцу *fructus consumpti* есть аномалія, которая должна имѣть и имѣетъ особое указанное нами выше оправданіе, а заботиться о томъ, чтобы владѣлецъ еще получилъ часть будущей жатвы, совсѣмъ не приходится (ср. выше стр. 230 и сл.).

Въ мотивахъ къ правиламъ прусскаго уложенія Suarez указываетъ между прочимъ, какъ на основаніе правъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды, на то обстоятельство, „что

законы рассматриваютъ его, какъ *Dominum temporarium, qui fructus percipiendo suos reddit* cf. l. 28 D. de usur., и съ этой точки зрѣнія находятъ, что римское право поступаетъ непослѣдовательно, предоставляя владѣльцу только *fructus consumpti*¹⁾. Конечно, съ этой точки зрѣнія римское право непослѣдовательно, и можно защищать предоставленіе владѣльцу не только всѣхъ собранныхъ плодовъ, но даже и пропорціональнаго участія въ *fructus stantes*. Но именно не слѣдуетъ видѣть въ добросовѣстномъ владѣльцѣ „*Dominum temporarium*“, потому что это противоположно истинѣ и ведетъ къ неудачнымъ законамъ.

Такими въ высшей степени неудачными законами являются правила *Landrecht*, распространяющія пропорціональное дѣленіе на послѣдній годъ добросовѣстнаго владѣнія. Не касаясь сложныхъ и казуистическихъ опредѣленій прусскаго права, регулирующихъ подробности вычисленія дѣлимаго и дѣленія, приведемъ только статьи, распространяющія эти правила на добросовѣстнаго владѣльца:

§ 197 (I. 7). Плоды и выгоды пользованія („*Nutzungen*“) послѣдняго года дѣлятся между владѣльцемъ и собственникомъ.

§ 198. Подъ послѣднимъ разумѣется тотъ годъ, въ которомъ владѣніе перестало быть добросовѣстнымъ.

§ 199. Хозяйственный годъ считается съ перваго іюля.

§ 200. Дѣленіе происходитъ смотря по продолжительности въ этомъ году добросовѣстности или недобросовѣстности владѣнія.

Эти правила, кромѣ принципіально неправильной идеи обсужденія владѣльца, какъ дѣйствительно управомоченнаго, и доставленія ему соответственныхъ выгодъ, страдаютъ еще тѣмъ специальнымъ недостаткомъ, что нарушаютъ принципъ охраненія хозяйства отъ неожиданныхъ потрясеній. Для поясненія достаточно воспользоваться примѣромъ, приведеннымъ нами уже въ „*Fruchtvertheilung*“ стр. 240:

„Путемъ многолѣтней бережливости X. собралъ 5000 марокъ и на эти средства открылъ въ наемномъ помѣщеніи скромный ресторанъ, доставляющій пропитаніе ему и его

¹⁾ *Jahrb. von Kamptz*, 41 стр. 8 и сл., ср. „*Fruchtvertheilung*“ стр. 239 пр.

семейству. Его богатый дядя отказывает ему имѣніе, приносящее годично 12000 арендной платы. X. приобрѣлъ лѣгать 1-го іюля, спустя нѣкоторое время, напр., въ сентябрѣ получилъ 12000 арендной платы и издержалъ часть этой суммы (напр., 5000) на болѣе эlegantное устройство своего городского предпріятія, другую часть (напр., 5000) на путешествіе съ семьєю по Италіи. Въ концѣ октября въ его кассѣ осталось 2000. И вотъ перваго ноября онъ узнаетъ, что отказанное имѣніе въ дѣйствительности принадлежитъ нѣкому Y., который уже приступилъ къ осуществленію своихъ правъ. Теперь X., который такимъ образомъ попалъ перваго ноября въ *mala fides*, обдумываетъ свое юридическое и финансовое положеніе. Правда, по правиламъ Прусскаго уложенія, онъ имѣетъ право удержать за собою до 1-го іюля слѣдующаго года управленіе имѣніемъ ¹⁾ и можетъ по этому поводу причинить собственнику массу непріятностей и убытковъ; но отъ этого ему нѣтъ никакой пользы, даже въ случаѣ корыстолюбиваго и недобросовѣстнаго поведенія, потому что имѣніе до 1-го іюля не приноситъ никакихъ доходовъ. Въ этомъ отношеніи, стало быть, болѣе благопріятное отношеніе прусскаго закона къ добросовѣстному владѣльцу (состоящее въ томъ, что владѣльцу въ теченіе нѣсколькихъ мѣсяцевъ послѣ наступленія *mala fides* гарантируется управленіе и извлеченіе доходовъ въ свою пользу изъ завѣдомо чужого имѣнія)—нашему X не пойдетъ въ прокъ ²⁾. Зато онъ принужденъ значительную часть уже собранныхъ и издержанныхъ доходовъ возратить собственнику. А именно, его *bona fides* продолжалась въ году дѣленія 4 мѣсяца (іюль—октябрь), стало быть, изъ полученнаго дохода въ 12000 онъ долженъ возратить собственнику 8000; между тѣмъ въ наличной кассѣ у него только 2000. Чтобы добыть недостающую сумму (6000), ему приходится ликвидировать свое городское предпріятіе. Мебель и прочая обстановка будетъ распродана за

¹⁾ Это вытекаетъ изъ правилъ *Landrecht*'а объ управленіи имѣніемъ въ теченіе года дѣленія, ср. I, 21 §§ 151, 152, *Fruchtvertheilung*, стр. 237 и сл.

²⁾ *Suarez* l. c. находитъ, что тотъ, „кто *bona fide* и *iusto titulo* приобрѣлъ вещь“ заслуживаетъ болѣе снисходительнаго и благопріятнаго отношенія къ нему права, нежели это было въ Римѣ, и правила прусскаго уложенія объясняются стремленіемъ ихъ автора создать для владѣльца возможно лучшее юр. положеніе.

поль цѣны. Необходимость ликвидировать свое отношеніе по договору найма съ собственникомъ помѣщенія поведетъ за собою для X новыя потери. Вся ликвидація, можетъ быть, доставить лишь требуемыя 6000. Такимъ образомъ семейство X доведено „благопріятными для добросовѣстнаго владѣльца правилами“ до полного разоренія безъ всякой вины со стороны X, только въ силу неудачнаго законодательства. Римское право не доставляетъ владѣльцу гарантіи фактическаго хозяйничанія и извлеченія доходовъ изъ завѣдомо чужого имѣнія, но за то оно устраняетъ опасныя послѣдствія добросовѣстнаго потребленія доходовъ. Правила прусскаго земскаго уложенія являются поучительнымъ примѣромъ, какъ опасно реформировать извѣстный институтъ права, не понимая его цивильно-политической функціи“.

§ 27. 3. Правила новаго общегерманскаго гражданскаго уложенія.

Постановленія новаго германскаго уложенія, получившаго въ прошломъ году законодательную санкцію и долженствующаго вступить въ силу дѣйствующаго закона 1-го января 1900 г. и замѣнить собою дѣйствующія еще теперь въ Германіи такъ называемое общее (римское) и партикулярныя гражданскія права, заслуживаютъ по многимъ причинамъ особаго вниманія.

Новое уложеніе составитъ несомнѣнно важную эпоху во всемірной исторіи гражданскаго права и цивилистической науки.

Современная наука гражданскаго права развивается главнымъ образомъ подъ предводительствомъ и вліяніемъ нѣмецкой юриспруденціи, которая въ свою очередь опирается на продуктъ дѣятельности римской юриспруденціи, на *Corpus iuris*. Естественно поэтому, что и новыя лозунги, программы и направленія въ области цивилистики и даже отчасти науки права вообще въ новое время создавались выдающимися германскими романистами (Пухта, Савиньи, Иерингъ). Впредь центромъ тяжести и фундаментомъ германской цивилистической юриспруденціи сдѣлается новое гражданское уложеніе.

Съ другой стороны вполне заслуженные предъ цивилизо-

ваннѣмъ челоуѣчествомъ уваженіе, авторитетъ и престижъ, которыми пользуется германская юриспруденція, перейдутъ естественно и на ея дѣтище, на новый германскій кодексъ, являющійся плодомъ многолѣтней дѣятельности германскаго юридическаго генія вообще и съ точки зрѣнія послѣднихъ стадій развитія кодификаціоннаго дѣла, плодомъ замѣчательно напряженныхъ, безгранично преданныхъ дѣлу дружныхъ и воодушевленныхъ усилій всей теперешней германской юриспруденціи. Поэтому едва ли впредь какой-либо гражданскій законодатель культурнаго государства станетъ постановлять свои рѣшенія, не справившись прежде, какъ рѣшены эти вопросы въ германскомъ уложеніи.

Новый германскій кодексъ составляетъ такимъ образомъ эпоху и переломъ по отношенію къ прошлому гражданскаго права и его науки и будетъ въ будущемъ оказывать сильное вліяніе на юриспруденцію и законодательство непосредственно, своимъ собственнымъ авторитетомъ, и косвенно, чрезъ будущую германскую юриспруденцію.

Но и независимо отъ такого историческаго значенія по отношенію къ прошлому и будущему гражданскаго права и юриспруденціи новое уложеніе и отдѣльныя его постановленія въ теперешнее время представляютъ особый интересъ, какъ воплощеніе „послѣдняго слова науки“. Въ другомъ мѣстѣ мы посредствомъ многочисленныхъ специальныхъ изслѣдованій и подробныхъ общихъ соображеній пытаемся обосновать ту мысль, что хотя новое уложеніе и является вообще послѣднимъ словомъ науки, но оно—плодъ не той науки, которая единственно призвана и въ состояніи уготовить прочную почву для реформы гражданскаго права, вполне удовлетворяющей своей задачѣ (т.-е. науки гражданскаго законодательства, политики гражданскаго права), а другой науки, которая призвана и въ состояніи только содѣйствовать успѣшному практическому примѣненію уже дѣйствующаго позитивнаго права (цивилистической юриспруденціи, науки практическаго, позитивнаго права). Мы видимъ такимъ образомъ въ новомъ германскомъ кодексѣ плодъ роковой ошибки и существеннаго заблужденія — и называемъ его въ заключеніи нашей критики (*Lehre v. Einkommen*, 2-й томъ, стр. 628) плохимъ кодексомъ. Но, оставаясь при мнѣніи, высказанномъ въ названномъ сочиненіи и вовсе не впадая въ противорѣчіе съ собою, мы здѣсь тѣмъ

не менѣе считаемъ нужнымъ во избѣжаніе недоразумѣній выразить слѣдующее. По нашему убѣжденію, новое германское гражданское уложеніе является лучшимъ изъ существующихъ теперь гражданскихъ кодексовъ; мало того, оно является вообще совершеннѣйшимъ и лучшимъ продуктомъ законодательной мысли и работы, какой только могъ быть достигнуть при современномъ состояніи науки; и если оно и не является продуктомъ той пока отсутствующей науки, на будущее развитіе и процвѣтаніе которой во имя прогресса человѣчества позволительно уповать (т.-е. самостоятельной науки политики права и ея вѣтви—цивильной политики), то во всякомъ случаѣ оно является послѣднимъ словомъ науки, какова она теперь существуетъ, и послѣднимъ словомъ законодательной мудрости, поскольку таковая при отсутствіи специальной и самостоятельной науки, посвященной выработкѣ этого рода мудрости и знаній, могла быть въ распоряженіи у авторовъ новаго уложенія, т.-е. германской юриспруденціи ¹⁾.

¹⁾ Мы готовы признать, что во второмъ томѣ *Lehre v. Einkommen*, написанномъ въ возбужденное и „горячее“ время, слишкомъ односторонне выдвинута отрицательная критика проекта съ указанной выше абсолютной точки зрѣнія и не создано ей достаточнаго противовѣса въ смыслѣ намѣченной здѣсь относительной оцѣнки и относительнаго одобренія, причемъ высказанные тамъ упреки по адресу германской юриспруденціи и по адресу второго проекта получили слишкомъ рѣзкую форму выраженія. Во всякомъ случаѣ со стороны иностранца и при томъ во время крайняго патристическаго воодушевленія по поводу второго проекта и въ пользу скорѣйшаго возведенія его въ законъ со стороны германской юриспруденціи и общества употребленіе такихъ выраженій, какъ хрестоматія цивильно-политическихъ ошибокъ, безсознательная компиляція etc., по адресу проекта было весьма опасно (впрочемъ, я предвидѣлъ, конечно, что моя книга вызоветъ сильное неудовольствіе и раздраженіе, см. *L. v. E. II*, предисловіе стр. VI)

Но къ упрекамъ, въ извѣстной степени заслуженнымъ по поводу рѣзкости тона, присоединились и вполне несправедливыя обвиненія и недоразумѣнія. Мнѣнія, выраженныя въ названной книгѣ, сочтены были за оскорбленіе нѣмецкой науки и проявленіе вражды къ нѣмецкому праву и нѣмецкой юриспруденціи; автору былъ приписанъ злой политическій умыселъ, направленный противъ великаго дѣла объединенія гражд. права въ Германіи. вмѣстѣ съ тѣмъ отрицательной критикѣ второго проекта во второмъ томѣ *Lehre v. Einkommen* было придано преувеличенное значеніе опасности для удачи кодификаціоннаго дѣла и сообразно съ этимъ было сочтено нужнымъ подвергнуть книгу литературному бойкотированію и во всякомъ случаѣ предотвратить доступъ изложенныхъ въ ней взглядовъ въ

Но именно вслѣдствіе признанія (при относительной и сравнительной оцѣнкѣ) высокихъ достоинствъ и авторитета новаго нѣмецкаго гражданскаго кодекса послѣдній является вообще самымъ подходящимъ предметомъ для критики, имѣющей въ виду доказательство неудовлетворительнаго состоянія теперешней законодательной мудрости и положительныхъ знаній въ области политики гражданскаго права, а съ другой стороны его отдѣльныя положенія требуютъ тѣмъ болѣе тщательнѣе широкіе круги публики по крайней мѣрѣ до окончанія обсужденія проекта въ Рейхстагѣ.

Это отношеніе есть плодъ недоразумѣнія. Ужъ не говори о томъ, что для политической агитаціи, въ частности для воздѣйствія на членовъ Рейхстага, толстыя книги, испещренныя въ значительной части латинскими текстами, являются абсолютно негоднымъ средствомъ, къ которому для цѣлей политической агитаціи никому бы въ голову не пришло обратиться. и что въ виду тогдашняго политическаго положенія и настроенія вообще никакая, хотя бы самая мѣткая и разрушительная отрицательная критика проекта по существу, даже изложенная въ доступныхъ широкой публикѣ агитационныхъ брошюрахъ, не могла бы оказать рѣшительно никакого вліянія на окончательный (политически напередъ предрѣшенный) исходъ обсужденія проекта въ Рейхстагѣ etc. etc., такъ что приписываніе политическихъ умысловъ и принятіе особыхъ и чрезвычайныхъ мѣръ для предотвращенія мнимой возможности ихъ осуществленія можетъ быть объяснено развѣ тѣмъ нервнымъ и возбужденнымъ состояніемъ нѣмецкой юриспруденціи, въ которомъ она вполнѣ естественно находилась въ послѣднее время; уже не говоря обо всемъ этомъ, достаточно было бы указать на то, что ложно было понято само существо, содержаніе и значеніе моего отрицательнаго отзыва о второмъ проектѣ. Существо его, какъ сказано выше, сводится къ тому, что вполнѣ удовлетворительное гражданское уложеніе можетъ быть подготовлено только путемъ основанія и достаточнаго развитія самостоятельной науки—цивильной политики и что выставленныя и осуществляющіяся до сихъ поръ программы новѣйшихъ школъ германской юриспруденціи (исторической — Savigny, практическо-догматической — Ihering) не подготовили и не могли подготовить почвы для успѣшной кодификаціи. Но вѣдь такой отзывъ съ тогдашней политической точки зрѣнія и рѣшавшагося тогда политическаго вопроса по самому существу своему лишенъ былъ всякаго пракческаго смысла и значенія. Если бы кто въ Рейхстагѣ сталъ проповѣдывать, что вопросъ объединенія гражданскаго права Германіи слѣдуетъ отложить до учрежденія и достаточнаго развитія какой то еще несуществующей науки — цивильной политики, то онъ бы подвергся вполнѣ справедливому осмѣянію. Какъ политическій совѣтъ, такое мнѣніе явилось бы не больше, какъ политическимъ курьезомъ, и я удивляюсь, какъ Зомъ въ своей полемикѣ противъ меня (Въ брошюрѣ: Ueber den Entwurf etc.), написанной для скомпрометированія моей книги въ глазахъ членовъ Рейхстага, счелъ нужнымъ прибѣгнуть къ средствамъ, столь мало соответствующимъ его высокому ученому авторитету и нравственному достоинству,

нія проекта и происхожденія ихъ исправленій и измѣненій, произведенныхъ при ревизіи проекта въ комиссіяхъ Союзнаго Совѣта и Рейхстага и возведенныхъ потомъ въ законъ.

Первый проектъ содержалъ слѣдующія постановленія:

§ 900. „Кто владѣетъ чужою вещью, тотъ приобрѣтаетъ на указаные въ § 792 № 1 плоды вещи ¹⁾ право собственности съ момента отдѣленія ихъ отъ главной вещи. Это правило не примѣняется:

- 1) Если владѣлецъ во время отдѣленія зналъ (*gewusst hat*), что онъ не имѣетъ права на владѣніе вещью, или что другое лицо въ силу вещнаго права управомочено къ извлеченію плодовъ;
- 2) если владѣлецъ приобрѣлъ владѣніе вещью посредствомъ дѣянія, подлежащаго наказанію, хотя бы основаннаго только на неосторожности;
- 3) если отдѣленіе произведено другимъ лицомъ, не собственникомъ, безъ запрещеннаго самоуправства въ силу вещнаго права, содержащаго правомочіе извлеченія плодовъ изъ вещи“.

Въ дополняющихъ эти правила §§-хъ перваго проекта о *rei vindicatio* соотвѣтственно постановляется, что владѣлецъ обязанъ возвращать плоды собственнику въ случаѣ и съ момента положительнаго знанія (§ 931: „*wenn der Besitzer weiss... die Kenntniss erlangt hat*“), что онъ не имѣетъ права на владѣніе etc.

Въ цивильно-политической критикѣ этихъ правилъ, помѣщенной въ „*Fruchtvertheilung*“, стр. 248 и сл., я указалъ на слѣдующіе недостатки, подлежавшіе исправленію:

нужны недоразумѣнія разсыются и безъ всякихъ особыхъ объясненій и отвѣтовъ на нѣмецкомъ языкѣ съ моей стороны.

На то, что пора снять остракизмъ, „простить“ провинившагося, намекаетъ недавно появившаяся анонимная замѣтка о второмъ томѣ: *Lehre v. Einkommen* въ *Literarisches Centralblatt*, 96, № 38 („*Dass die überquellende Freude am eigenen Gedanken (референтъ имѣетъ въ виду методъ изслѣдованія и рѣшенія цивильно-политическихъ вопросовъ, проведенный въ L. v. E. и признанный имъ правильнымъ) ihn ungerecht und manchmal unhöflich werden lässt, darf man ihm verzeihen, nachdem man es ihm gesagt hat. Denn Petrazŷcki's Buch ist Summa Summarum ein hocheufreulicher Beitrag zur Vertiefung der Rechtswissenschaft*“).

¹⁾ Пунктъ 1-ый § 792 (=пункту первому § 99-го новаго уложенія) гласитъ: „Плоды вещи есть ея органическія произведенія (*Erzeugnisse*) и та прочая добыча изъ нея (*Ausbeute*); извлеченіе которой относится къ пользованію вещью сообразно съ ея назначеніемъ“.

1. Ограниченіе примѣненія института случаями владѣнія въ тѣсномъ смыслѣ (т.-е. владѣнія въ видѣ собственности) лишено всякаго основанія.

2. Недостаточно мотивированы и вообще не выдерживаютъ критики пункты 2-ой и 3-ий § 900-го.

3. Лишено основанія и то правило, вытекающее изъ положеній проекта, по которому приобрѣтеніе плодовъ продолжается и послѣ начала процесса.

4. „Практически особенно опаснымъ является положеніе проекта о содержаніи недобросовѣстности („Если владѣлецъ во время отдѣленія зналъ, что онъ на владѣніе вещью не имѣеть права...“), Fruchtvertheilung, стр. 251. Понятіе „знанія“ необходимо замѣнить понятіемъ bona (resp. mala) fides въ римскомъ смыслѣ, такъ чтобы и неизвинительное отсутствіе знанія и сомнѣніе исключали приобрѣтеніе плодовъ.

5. Въ критикѣ проекта я особо не указалъ, но изъ предыдущаго изложенія вытекало само собою, что и отсутствіе обязанности возвращенія fructus extantes принадлежитъ къ недостаткамъ правилъ, принятыхъ проектомъ.

Коммиссія Союзнаго Совѣта для второго чтенія проекта отчасти послѣдовала этимъ указаніямъ ¹⁾, отчасти же (и притомъ въ самомъ интересномъ для меня съ точки зрѣнія идеи, проводимой въ „Fruchtvertheilung“, пунктѣ, а именно относительно fructus extantes) оставила ихъ безъ послѣдствій.

Въ виду единства идеи и тѣсной логической связи какъ положительныхъ предложеній, такъ и критическихъ замѣчаній въ „Fruchtvertheilung“, такое отношеніе можетъ показаться непонятнымъ. Для пониманія его и постановленій о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды, принятыхъ вторымъ чтеніемъ проекта и содержащихся въ теперешнемъ уложеніи, слѣдуетъ принять во вниманіе отношеніе нѣмецкихъ рецензій моего изслѣдованія къ содержащимся въ немъ цивильно-политическимъ предложеніямъ ²⁾.

Несмотря на большой политическо-практическій инте-

¹⁾ Ср. § 870 второго чтенія и ссылку на „Fruchtvertheilung“ въ протоколахъ обсужденія § 900 перваго чтенія.

²⁾ При этомъ нужно имѣть главнымъ образомъ въ виду замѣчанія тѣхъ рецензій, которыя появились достаточно заблаговременно, чтобы повліять на обсужденіе вопроса во второй коммисіи.

ресъ къ вопросамъ *de lege ferenda*, возбужденный появленіемъ перваго проекта, и къ 1892-му году еще не угасшій среди германской юриспруденціи, собственно научные интересы нѣмецкихъ юристовъ и въ частности романистовъ сохранили прежнее содержаніе и направленіе въ томъ смыслѣ, что исходною точкою цивилистическихъ сочиненій для квалифікаціи ихъ, какъ ученыхъ изслѣдованій, должны были быть источники позитивнаго, преимущественно римскаго права и ихъ толкованіе, и что научная критика и научный интересъ ученыхъ цивилистовъ, въ особенности романистовъ, сосредоточивался попрежнему на источникахъ, новыхъ теоріяхъ въ области ихъ практическо-догматическаго толкованія, исторической критики (въ частности отыскиванія интерполяцій) etc. Сообразно съ этимъ несмотря на сравнительно весьма большую критическую литературу, возбужденную появленіемъ „*Fruchtvertheilung*“, цивильно-политическая часть этого сочиненія не подверглась достаточно внимательному обсужденію, чтобы выяснить и установить ея правильность или неправильность. Весь интересъ ученой критики сосредоточился на исторической и догматической части сочиненія и при томъ главнымъ образомъ, почти исключительно, на содержащемся въ первой части сочиненія объясненіи фрагмента Папиніана въ l. 7 § 1 D. s. m., считавшагося прежде загадочнымъ и необъяснимымъ. Даже тѣ критики, которые заинтересовались не исключительно этою частью сочиненія, а обратили вниманіе и на цивильно-политическія объясненія изслѣдуемыхъ въ *Fruchtvertheilung* институтовъ римскаго права, оставили безъ разсмотрѣнія собственно цивильно-политическую часть сочиненія или ограничились по этому поводу краткими, общими и поверхностными замѣчаніями, не уясняющими дѣла настолько, чтобы дать твердую опору для правильнаго рѣшенія вопроса со стороны законодательной комиссіи.

Краткое замѣчаніе по поводу моего предложенія рецинировать римское дѣленіе плодовъ на *extantes* и *consumpti* находимъ въ рецензій Эндемана (*Jurist. Literaturblatt*, 1892, № 40). И онъ посвящаетъ главное вниманіе изложенію моего „рѣшенія отчаянной проблемы“, т.-е. объясненію l. 7 § 1 s. m., а по поводу теоріи правъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды онъ ограничивается общими одобрительными замѣчаніями, повидимому показывающими, что онъ согласенъ въ области

римскаго права съ своимъ объясненіемъ, но къ этому присовокупляетъ оговорку, что идею, лежащую въ основаніи римскаго права, онъ особенно гениальною правовою мыслью не считаетъ ¹⁾, что я разрушительному дѣйствию неожиданнаго долга суммы *fructus consumpti* придаю слишкомъ большое значение (*zu stark pointirt*) и что болѣе удачное рѣшеніе вопроса содержитъ французское право и германскій проектъ, которые слѣдуютъ принципу: *en fait des meubles la possession vaut titre* и въ области приобрѣтенія плодовъ выводятъ только вполне правильное и неизбѣжное послѣдствіе изъ этого принципа, предоставляя добросовѣстному владѣльцу всѣ отдѣленные плоды ²⁾.

1) Въ текстѣ „правовую“ подчеркнуто. Вѣроятно, этимъ авторъ желаетъ дать понять, что эта „мысль“ не можетъ быть сведена на юридическіе принципы. Я этого, конечно, и не утверждалъ, а говорилъ о хозяйственно-политической удачности римскаго рѣшенія вопроса.

2) Въ отличіе отъ римскихъ принциповъ неограниченной виндикаціи и невозможности перенесенія на другого права собственности со стороны того, кто самъ не имѣетъ права собственности на отчуждаемую вещь, безъ согласія собственника—германскимъ принципомъ считается ограниченность виндикаціи и возможность приобрѣтенія права собственности отъ несобственника. Относящіяся сюда постановленія правъ германскаго происхожденія о приобрѣтеніи и виндикаціи движимостей въ частностяхъ не совпадаютъ другъ съ другомъ. Здѣсь достаточно привести два типическія законодательныя постановленія, одно французскаго, другое австрійскаго права:

Art. 2279 Code civil гласитъ:

„По отношенію къ движимымъ вещамъ владѣніе замѣняетъ титулъ приобрѣтенія (*En fait des meubles, la possession vaut titre*). Тѣмъ не менѣе тотъ, кто потерялъ вещь или у кого она была украдена, можетъ ее виндигировать въ теченіе трехъ лѣтъ со дня потери или кражи у того лица, у котораго вещь находится; этимъ послѣднее лицо не лишается регресса противъ того, отъ кого оно получило вещь“.

Такимъ образомъ, по французскому праву, приобрѣтеніе владѣнія движимою вещью вообще замѣняетъ строгія условія, выставлемыя римскимъ правомъ для приобрѣтенія права собственности. Французская юриспруденція (господствующее мнѣніе) подвергаетъ арт. 2279 ограничительному толкованію, а именно ограничиваетъ примѣненіе принципа *en fait des meubles*. . случаями добросовѣстнаго приобрѣтенія владѣнія.

§ 367 австрійскаго уложенія постановляетъ:

„Искъ о правѣ собственности не допускается противъ добросовѣстнаго владѣльца движимой вещи, если послѣдній докажетъ, что онъ приобрѣлъ вещь съ публичнаго торго или отъ промышленника или торговца, управомоченнаго къ отчужденію подобныхъ вещей, или же за вознагражденіе отъ лица, которому самъ истецъ ввѣрилъ вещь для употребленія, храненія или

Далѣе, замѣчанія по поводу моей критики § 900 находимъ въ рецензїи Oertmann'a. Но и эти замѣчанія крайне лаконичны и неясны. Выше мы видѣли, что Эртманъ по поводу предложеннаго мною объясненія римскихъ правилъ о *bonae fidei possessio* высказалъ нѣсколько сбивчивыя и противорѣчивыя мнѣнія. Съ одной стороны, онъ, повидимому, весьма рѣшительно отвергаетъ мою теорїю (въ пользу принципа *cultura et cura*), а съ другой стороны въ разныхъ мѣстахъ дѣлаетъ въ ея пользу такія уступки, которыя мало согласуются съ его же полемическими изреченіями, въ частности онъ допускаетъ, что несоотвѣтствіе правилъ позднѣйшаго римскаго права съ защищаемою имъ трудовой теорїей получилось отъ воздѣйствія указанныхъ мною точекъ зрѣнія (стр. 584). Въ такомъ случаѣ окончательная структура института представляетъ какъ бы наслоеніе двухъ принциповъ: воплощеніе первоначальнаго принципа *cultura et cura* и передѣлку этого продукта сообразно съ защищаемою мною точкою зрѣнія. Такой же эклектизмъ проявляетъ онъ и въ своихъ замѣчаніяхъ по поводу моихъ предложеній *de lege ferenda*. Судя по его приверженности къ трудовой теорїи, можно было бы ожидать, что онъ будетъ и *de lege ferenda* рекомендовать ея рецепцію и послѣдовательное проведеніе (напр., съ его точки зрѣнія естественно было бы признать различіе плодовъ, произведенныхъ трудомъ владѣльца, и *fructus mere naturales* или *ab alio sati etc.*); судя же по другимъ его замѣчаніямъ, можно было бы ожидать, что онъ

иной какой-либо цѣли. Въ этихъ случаяхъ добросовѣстные владѣльцы приобрѣтаютъ право собственности, а прежнему собственнику принадлежитъ только право на возмѣщеніе убытковъ противъ того, кто ему отвѣчаетъ за вещь“.

Этотъ принципъ германскаго права, по которому собственникъ въ случаѣ отчужденія его движимой вещи неуправомоченнымъ къ этому, можетъ только обратиться съ искомъ противъ того, кому онъ ввѣрилъ вещь, и только въ случаѣ недобровольнаго лишенія владѣнія (потери, кражи...) можетъ виндицировать вещь по правилу *ubi invenio, ibi vindico*,—обыкновенно выражается сокращенно старо-германскою поговоркою: „*Hand wahre Hand*“ (или: „*Wo du deinen Glauben gelassen hast, musst du ihn wieder suchen*“).

Эндеманъ имѣетъ въ виду приведенный выше art. 2279 Code civil и (ограничивая его примѣненіе вмѣстѣ съ господствующимъ мнѣніемъ французской юриспруденціи случаями добросовѣстнаго приобрѣтенія владѣнія) находить, что плоды, какъ движимыя вещи, приобрѣтаются добросовѣстнымъ владѣльцемъ въ силу принципа *en fait des meubles*.

предложить комбинацію принципа *cultura et cura* и указанных мною точек зрѣнія и рецепцію правил *Corpus iuris*. Между тѣмъ не случилось ни того, ни другого. А именно, здѣсь (на стр. 585) критикъ выражаетъ свое согласіе съ моимъ мнѣніемъ о замѣчательной удачности правилъ нашего института, выработанныхъ римскими юристами, но тутъ же лаконически заявляетъ, что тѣмъ не менѣе я напрасно и *de lege ferenda* защищаю *restitutio fructus extantes*, такъ какъ послѣднее „не соотвѣтствуетъ современнымъ правовоззрѣніямъ и потребностямъ оборота“ (*den modernen Rechtsanschauungen so wenig wie den Verkehrsrücksichten entspricht*). Какія правовоззрѣнія и какія потребности оборота онъ здѣсь имѣетъ въ виду, онъ не сообщаетъ, и едва ли бы кто это темное изреченіе разгадалъ, если не принять во вниманіе содержанія рецензій Эндемана.

Изъ словъ Эртмана самихъ по себѣ можно только заключить, что онъ *de lege ferenda* оставляетъ какъ свою, такъ и мою теорію, равно комбинацію ихъ, воплощенную, по его мнѣнію, въ правилахъ *Corpus iuris*, но въ какой третій лагерь онъ перебѣгаетъ, не видно. Лишь въ виду появившейся раньше рецензій Эндемана и въ виду сильнаго и воодушевленнаго теченія въ пользу замѣны въ германскомъ проектѣ по возможности римскихъ положеній принципами германскаго права, дѣло разъясняется въ томъ смыслѣ, что критикъ намекаетъ на свое согласіе съ Эндеманомъ по поводу принципа ограниченія виндикаціи, и объясняется, почему онъ это дѣлаетъ ¹⁾.

По поводу принципа „*possession vaut titre*“ считаемъ необходимымъ замѣтить слѣдующее: Эндеманъ видитъ въ правилахъ проекта необходимое послѣдствіе этого начала; между тѣмъ составители проекта на самомъ дѣлѣ стояли не на этой германистической почвѣ, а исходили изъ началъ римскаго права. Мотивы (т. III, стр. 364 и сл.) начинаютъ съ указа-

¹⁾ Несмотря на рѣшительное, хотя и не высказанное прямо, одобреніе принципа *en fait de meubles*, Эртманъ и къ моей критикѣ постановленій перваго проекта относится нерѣшительно. А именно, дальше онъ замѣчаетъ: „Заслуживаютъ вниманія (*Beachtenswerth*) замѣчанія (на стр. 248 и сл. „*Fruchtvertheilung*“) по поводу § 900 проекта, въ особенности мы вполне присоединяемся къ порицанію по поводу ограниченія владѣніемъ въ обыкновенномъ смыслѣ“.

нія на изреченіе источниковъ „*bonae fidei possessor fructus suos facit*“ и на то обстоятельство, что изъ такихъ изреченій въ связи съ нѣкоторыми другими данными возникла теорія, что владѣлецъ пріобрѣтаетъ на плоды право собственности, каковая теорія и воплотилась въ соотвѣтственныхъ постановленіяхъ новыхъ гражданскихъ уложений и проектовъ. Далѣе мотивы, ссылаясь на авторитетъ Виндшейда, подвергаютъ такое пониманіе источниковъ сомнѣнію и считаютъ только достовѣрнымъ, что *b. f. possessor* имѣетъ право потреблять плоды и что для огражденія этого права потребления и устранения процессовъ, въ случаѣ отчужденія плодовъ владѣльцемъ, признаются соотвѣтственные ограниченія исковъ собственника вещи. Тѣмъ не менѣе составители считаютъ нужнымъ сдѣлать дальнѣйшій шагъ въ огражденіи правъ владѣльца, соотвѣтствующій направленію новыхъ законодательствъ, и признать за владѣльцемъ право собственности на плоды: „Сдѣлавъ только небольшой шагъ дальше, мы приходимъ къ результату, выгодно отличающемуся своею простотой и состоящему въ признаніи сразу (т.-е. безъ *usucapio*) за владѣльцемъ права собственности на плоды. Этотъ дальнѣйшій шагъ отвѣчаетъ справедливости. Правомочія потребления и отчужденія владѣльца матеріально почти равняются собственности. Было бы несправедливымъ, если бы владѣльцу вредило случайное обстоятельство, что онъ не потребилъ и не отчуждилъ. Результатъ, къ которому приходитъ проектъ, можетъ быть также характеризованъ въ томъ смыслѣ, что относительно главной вещи удерживается строгій принципъ собственности, а относительно отдѣленныхъ плодовъ владѣльцу предоставляется положеніе собственника, сходное съ тѣмъ, какое относительно движимыхъ вещей вообще создается французскимъ правиломъ „*possession vaut titre*“.

Изъ этой мотивировки явствуетъ, что составители проекта, несмотря на упоминаніе принципа „*possession vaut titre*“, этимъ положеніемъ предлагаемаго закона вовсе не мотивировали и право собственности на плоды послѣдствіемъ его вовсе не считали. Дѣло идетъ только о констатированіи сходства результатовъ этого принципа и правила, предлагаемаго проектомъ. Вообще въ такъ-наз. мотивахъ къ § 900 (какъ и въ мотивахъ къ большинству другихъ параграфовъ, ср. *L. v. E. II, Anhang*) дѣйствительныхъ законодательныхъ мотивовъ

института, предоставленія владѣльцу правъ на плоды мы не находимъ. Составители начинаютъ съ догматическаго положенія, найденнаго ими въ учебникѣ Виндшейда, не указывая вовсе, въ чемъ вообще состоитъ гражданско-политическая *ratio* предоставленія владѣльцу какихъ бы то ни было правъ на плоды; принимая на вѣру (въ данномъ случаѣ мнимыя) положенія римскаго права, они только дѣлаютъ „одинъ шагъ дальше“ въ смыслѣ упрощеннаго проведенія римскихъ правовыхъ идей.

Въ виду этого въ „Fruchtvertheilung“ мы считали излишнимъ входить въ подробный разборъ и критику мотивовъ къ § 900 проекта и въ частности не касаемся вовсе положенія „*possession vaut titre*“ и его отношенія къ нашему институту.

Этотъ пропускъ оказался весьма вреднымъ для устройства института приобрѣтенія плодовъ въ германскомъ уложеніи по случайнымъ причинамъ. То, что въ мотивахъ къ первому проекту играло роль невиннаго сравненія, возведено было Эндеманомъ въ законодательное начало и при томъ начало неизбѣжное (такъ какъ проектъ въ вопросѣ о приобрѣтеніи права собственности на движимыя вещи дѣйствительно исходитъ изъ начала ограниченія виндикаціи, „*Hand wahre Hand*“). Теорія Эндемана послѣдовала и комиссія для втораго чтенія и сдѣлала попытку послѣдовательно осуществить ее въ своихъ законодательныхъ предложеніяхъ ¹⁾.

¹⁾ Въ появившихся позднѣе отзывѣхъ и при томъ весьма авторитетныхъ юристовъ по вопросу о возвращеніи *fr. extantes* точка зрѣнія Эндемана уже больше не нашла одобренія, а восторжествовало защищаемое нами мнѣніе. Но было уже поздно. Весьма сочувственно къ нашей теоріи возвращенія наличныхъ плодовъ отнесся Dernburg въ четвертомъ и послѣднемъ (15-мъ) изданіяхъ своихъ пандектовъ (I § 205, пр. 16 и текстъ). Особую полемику противъ мнѣнія Эндемана находимъ въ критикѣ „Fruchtvertheilung“, написанной Леонардомъ. Онъ вполне справедливо (ср. ниже) находитъ, что начало ограниченія виндикаціи есть принципъ торговаго права и не имѣетъ ничего общаго съ приобрѣтеніемъ плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Приобрѣтеніе плодовъ вообще не заключаетъ въ себѣ сдѣлки гражданскаго оборота; „оно основано не на договорѣ двухъ лицъ между собою, а на отношеніи одного лишь лица къ вещи; оно представляетъ дѣятельность, которая должна обсуждаться не съ точки зрѣнія потребностей торговли, а прежде всего съ точки зрѣнія нуждъ сельскаго хозяйства. Но что сельское хозяйство требуетъ возвращенія *fructus extantes*, потому что они по общему правилу являются запасами, необходимыми для дальнѣйшаго хозяйства въ имѣніи, это доказалъ П. убѣдительнѣйшимъ образомъ (*in trefflichster Weise*)“ (стр. 281).

Этой теоріи и ея рецепці въ новое германское уложеніе никоимъ образомъ нельзя одобрить.

Прежде всего по адресу названныхъ рецензентовъ и составителей второго проекта слѣдуетъ замѣтить, что цивильно-политическими соображеніями нельзя такъ легко распорядиться, какъ юридическими конструкціями, и воображать, напр., что экономическая польза отъ предоставленія *fr. consumpti* владѣльцу или экономическій вредъ отъ предоставленія ему *fr. extantes* и соотвѣтственныя цивильно-политическія указанія лишаются своего значенія, если зайдетъ разговоръ объ иной юридической конструкціи, воображать, напр., что эти указанія имѣютъ смыслъ по отношенію къ римскому праву для его объясненія и оцѣнки, но теряютъ почву въ области оцѣнки или рецепціи германскаго права, потому что здѣсь существуетъ формула „*Hand wahre Hand*“.

Цивильно-политическія теоріи независимы отъ общихъ формулъ или казуистическихъ постановленій того или иного позитивнаго права. Юридическія теоріи и конструкціи дѣйствительно зависятъ отъ случайностей того или иного позитивнаго права и могутъ быть подчасъ безъ всякаго вреда замѣнены существенно отличными конструкціями даже въ области одного и того же права, и фактически часто кореннымъ образомъ измѣняются въ юриспруденціи по самымъ мелкимъ и случайнымъ поводамъ.

Юристы-догматики мѣняютъ свои юридическія теоріи и конструктивныя формулы, смотря по тому, которая изъ нихъ лучше и короче объединяетъ (напр., для памяти, для изложенія) содержаніе извѣстной совокупности конструируемыхъ юридическихъ положеній. Несмотря на то, что содержаніе извѣстной совокупности положеній позитивнаго права остается однимъ и тѣмъ же, точно также, какъ и воздѣйствіе этихъ нормъ на народное хозяйство или народную этику, одинъ юристъ можетъ предлагать для нихъ одну конструктивную формулу, а другой другую, совсѣмъ на первую непохожую, или одинъ и тотъ же юристъ можетъ абсолютно оставить первую формулу и перейти къ противоположной по самой, повидимому, незначительной причинѣ, а именно, напр., потому, что открыто извѣстное мелкое казуистическое рѣшеніе источниковъ, которое при принятіи первой формулы придется формулировать какъ исключеніе изъ *regula*, между тѣмъ какъ

вторая формула может покрыть собою и это рѣшеніе. Мы бы могли легко найти многія тысячи примѣровъ, доказывающихъ и поясняющихъ нашу мысль. Какъ перчатки, мѣнялись въ исторіи цивилистики и мѣняются теперь такія формулы — и эти переменны производятъ подчасъ вѣдншее впечатлѣніе полныхъ революцій соответственныхъ институтовъ, между тѣмъ какъ онѣ на дѣлѣ ничуть не измѣняютъ не только существа, но даже и мельчайшей позитивной подробности соответственныхъ областей права, какъ не измѣняется содержимое банокъ въ аптекахъ и лечебныя свойства его отъ переменны желтыхъ ярлыковъ на красные. Теорія Раббентропа-Келлера, повидимому, уничтожила массу обязательствъ, объявивъ, что такъ называемыя корреальные обязательства не есть самостоятельныя *obligationes*, а представляютъ вмѣстѣ *una obligatio*. Какая пропасть „по самому существу“ разверзлась вслѣдствіе этого между этими обязательствами и т. н. солидарными, а между тѣмъ эта революція произошла по случайному и мелкому поводу и, несмотря на эту противоположность по самому понятію, съ точки зрѣнія практическаго содержанія позитивнаго права различія между этими двумя видами обязательствъ весьма мелки и даже сомнительно, удобно ли такое различіе конструктивныхъ „ярлыковъ“ — и слѣдуетъ ли видѣть въ солидарныхъ и корреальныхъ обязательствахъ два различныхъ типа соединенія *obligationes*. Въ этомъ смыслѣ цивилисты иногда однимъ мановеніемъ жезла производятъ массовыя смертоубійства среди своего народонаселенія, а потомъ съ такою же легкостью опять оживляютъ громадное поле труповъ. Что цѣлая масса обязательствъ, сервитутовъ или т. п. такъ легко и безкровно можетъ быть лишена жизни, не удивительно, ибо это безличныя существа; но то же случается въ цивилистикѣ и съ лицами. Уже не говоря о существахъ, еще не рожденныхъ, а только зачатыхъ (*nasciturus*), гдѣ можно только говорить объ изгнаніи плода, какъ лица, изъ цивилистики, а не о смертоубійствѣ въ собственномъ смыслѣ, или тѣхъ, кому и безъ того пора умирать по старости лѣтъ (*praesumptio mortis*), вспомнимъ, какую массу лицъ произвели на свѣтъ тѣ цивилисты, которые возвели, напр., и бумаги на предъявителя, участки, съ которыми связаны сервитуты и тому под., въ *personaе*, и какъ безпощадно другіе цивилисты уничтожили не только это цивилистическое народонаселеніе, но и цѣлые

леіоны болѣе жизнеспособныхъ субъектовъ, напр., *hereditates iacentes* или даже всѣхъ юридическихъ лицъ вообще (Бринцъ, Jhering и т. п.). Еще чудеснѣе и волшебнѣе, нежели эти массовыя избіенія и вызовы обратно изъ царства тѣней цѣлыхъ леіоновъ лицъ, производящія впечатлѣніе скорѣе спиритическихъ упражненій, не касающихся дѣйствительныхъ организмовъ, кажется намъ германистическая теорія юридическихъ лицъ, которая заявила, что въ эпоху римскаго права и у теперешнихъ романистовъ дѣло идетъ о безтѣлесныхъ и безжизненныхъ тѣняхъ (Gierke) и, заявивъ это, однимъ мановеніемъ произвела на свѣтъ массу дѣйствительныхъ „организмовъ“, сообщивъ имъ въ то же время жизнь, волю и т. п., между тѣмъ какъ наша прародительская пара, только два лица, Адамъ и Ева, были созданы лишь въ нѣсколько пріемовъ, а произведеніе бѣльшаго количества народонаселенія было уже предоставлено времени и потребовало дѣятельнаго участія первой пары и ихъ потомковъ. Много народа погибло во время потопа, но подобныя катаклизмы пустыя въ сравненіи съ теоріей Бринца или Геринга, отъ которыхъ нѣтъ спасенія ни одному юридическому лицу. Но и не обращаясь къ такимъ величественнымъ и роковымъ для народонаселенія юридическаго міра событіямъ, а ограничиваясь нашимъ скромнымъ институтомъ пріобрѣтенія плодовъ, и здѣсь мы найдемъ достаточно подтвержденій нашей мысли, вспомнивъ изложенныя выше конструктивныя теоріи, то возводящія владѣльца въ бонитарнаго или фиктивного, или временнаго собственника, то лишаящія его хотя и не жизни въ качествѣ обыкновеннаго смертнаго, то все-таки этихъ важныхъ чиновъ и даже отнимающія у него всякія права не только на вещь, но даже и на плоды. Каждая изъ этихъ теорій признаетъ только самоё себя, изъ себя выводитъ всѣ частности института и отрицаетъ по всѣмъ пунктамъ всѣ другія теоріи, а дѣйствительнымъ владѣльцамъ и народному хозяйству отъ этого ни тепло, ни холодно, потому что конструктивныя ярлыки не измѣняютъ положительныхъ и матеріальныхъ нормъ права и ихъ судебного или внѣ-судебнаго примѣненія.

Но горе владѣльцамъ, собственникамъ... и народному хозяйству вообще, если подобныя упражненія переносятся на почву изданія новыхъ законовъ.

Науки гражданской политики, а равно школы и подготовки къ

правильному цивилильно-политическому мышленію нѣтъ; вмѣсто специалистовъ по политикѣ гражданскаго права по необходимости составляютъ проекты гражданскихъ кодексовъ цивилисты-догматики. Послѣдніе обыкновенно обладаютъ массою всякихъ теоретическихъ и практическихъ свѣдѣній, но только не тѣхъ, которыя относятся къ политикѣ права, а лишь тѣхъ, которыя относятся къ исторіи, теоріи, догматикѣ и практическому судебному примѣненію того или иного изъ позитивныхъ правъ. Они обладаютъ прекрасною школою и твердо сложившимся навыкомъ методическаго мышленія, но въ томъ то и дѣло, что эта школа и эти навыки, прекрасные въ области теоріи, догматики и практики позитивнаго права, мало помогаютъ, а подчасъ даже вредятъ тому новому дѣлу, которое поручено имъ за неимѣніемъ специалистовъ по гражданской политикѣ—наукѣ не существующей. Однимъ изъ такихъ вредныхъ навыковъ является перенесеніе на цивилильно-политическія соображенія тѣхъ приѣмовъ обращенія съ ними, какіе умѣстны и безвредны только въ области юридической догматики. Это явленіе способствовало между прочимъ во многихъ случаяхъ неудачной замѣнѣ принциповъ римскаго права перваго проекта вполне отличными принципами германскаго права, причемъ съ легкимъ сердцемъ жертвовалось и то, что казалось „съ точки зрѣнія римскаго права“ рациональнымъ.

А между тѣмъ экономически или этически полезное или вредное вліяніе какой-либо нормы права или отсутствія ея не измѣнится оттого, что мы перейдемъ къ новой конструкціи. Такъ, если мы переведемъ нашъ институтъ на почву формулы „*Hand wahre Hand*“, то вытекающее изъ примѣненія этой формулы *lucrum* и наличныхъ плодовъ не перестанетъ наносить вредъ сельскому хозяйству. Съ другой стороны, *lucrum* потребленныхъ плодовъ будетъ и дальше охранять хозяйство отъ неожиданныхъ потрясеній. Слѣдовательно, если видѣть въ нашей теоріи не юридическую конструкцію, а то, что она дѣйствительно представляетъ, т.-е. цивилильно-политическую теорію, то и нельзя думать, что она просто падаетъ и устраняется тѣмъ, что законодатель реципируетъ какой-либо новый конструктивный принципъ. Падаютъ въ такомъ случаѣ только прежнія юридическія конструкціи. Результаты же цивилильно-политическаго изслѣдованія (если они правильны) стоятъ дальше неизбежно и независимо отъ того

случайнаго обстоятельства, какъ рѣшилъ дѣло авторъ какого либо позитивнаго законодательства. Поскольку законодатель, несмотря на новое изобрѣтеніе въ видѣ юридическаго основанія института, установилъ какую-либо норму, согласную съ требованіями политики гражданскаго права, эта норма и дальше находитъ одобреніе и оправданіе въ гражданско-политическомъ ученіи. Поскольку же законодатель отступилъ отъ постулатовъ гражданско-политической теоріи, эта теорія продолжаетъ существовать дальше въ видѣ порицанія и упрека положительному праву. Устранить и лишить значенія гражданско-политическія данныя и выводы можно только путемъ опроверженія ихъ, путемъ доказательства ихъ ошибочности, но отнюдь не рецепціей какого бы то ни было юридическаго принципа, несогласнаго съ ними.

Точно такъ же, какъ къ юридическимъ конструкціямъ, относятся цивилисты и къ т. н. „цѣлямъ“ гражданскихъ институтовъ. Въ случаѣ кажущейся странности какого-либо института римскаго права романисты стараются придумать, какую цѣль имѣли въ виду римскіе авторы этого института. Этой умственной операціи нельзя смѣшивать съ гражданско-политическимъ изслѣдованіемъ, и ея результаты дѣйствительно имѣютъ лишь относительное значеніе (предполагая ихъ правильность), а именно относятся лишь къ конкретному историческому праву и къ конкретному правосоздателю. Положеніе: римскіе юристы, рѣшая вопросъ такъ-то, имѣли въ виду такую-то цѣль—ничуть не мѣшаетъ другому законодателю руководствоваться иными соображеніями и рѣшать вопросъ иначе. Напр., Герингъ, выставивъ свою теорію владѣнія, объясняющую этотъ институтъ намѣреніемъ создать облегченіе доказательства права собственности въ случаѣ нарушенія, оговорился, что онъ имѣетъ въ виду не институтъ защиты владѣнія вообще, а только желаетъ объяснить рѣшенія римскихъ юристовъ. Иное значеніе имѣло бы гражданско-политическое изслѣдованіе института защиты владѣнія. Предполагая, что мы съ достаточною научною глубиною и полнотою опредѣлили экономическое, культурное etc. значеніе защиты владѣнія и разработали данныя, опредѣляющія рациональное устройство этого института, мы бы съ этой точки зрѣнія должны были одобрить римское право, если бы оказалось, что оно дѣйствительно представляетъ вполне удачное рѣшеніе вопроса, хотя бы

римскіе юристы имѣли въ виду какую-либо цѣль, ничего общаго съ нашей теоріей не имѣющую, и достигли удачныхъ результатовъ, не сознавая этого. Мы бы отчасти одобряли, отчасти порицали римское право, если бы оказалось, что нѣкоторыя нормы его удачны, нѣкоторыя цивильно-политически вредны, хотя бы наша цивильно-политическая теорія такимъ образомъ не вполне подходила къ римскому праву и не была въ состояніи объяснить отдѣльныхъ его положеній, и намъ бы указывали, что римскіе юристы преслѣдовали такую то—иную—цѣль, и что эта цѣль прекрасно объясняетъ всѣ частности римскаго института. Точно такое же отношеніе существовало бы между нашею цивильно-политическою теоріею и всякимъ другимъ историческимъ, позитивнымъ правомъ.— Отсюда видно, что сказанное нами выше объ юридическихъ конструкціяхъ относится и къ объясненіямъ цѣли, которою руководствовался извѣстный историческій правосоздатель. Подобныя цѣлевыя теоріи въ дѣйствительности исполняютъ роль юридическихъ конструкцій тамъ, гдѣ нельзя найти юридической конструкціи въ тѣсномъ смыслѣ, и, какъ и юридическія конструкціи, онѣ стоятъ и падаютъ вмѣстѣ съ конкретными индивидуальными историческими фактами извѣстнаго положительнаго права, не притязая вовсе и не будучи въ состояніи по своему существу заявить притязаніе на болѣе общее значеніе, на значеніе, независимое отъ положеній конкретнаго позитивнаго права или его теоріи.

Конечно, мои рецензенты не смѣшивали моей теоріи съ юридической конструкціей; вѣроятно, они увидѣли въ ней цѣлевую теорію въ указанномъ выше смыслѣ, это для насъ безразлично. Они обошлись съ нею, какъ можно и умѣстно обходиться съ романистическими теоріями въ тѣсномъ смыслѣ, но нельзя обходиться съ цивильно-политическими теоріями. Можетъ быть, такъ разсуждали они, для римскаго права эта теорія и годится, т.-е. римляне руководствовались такими то принципами, но составители Code civil и проекта германскаго уложенія исходятъ изъ совѣтъ другихъ принциповъ, изъ которыхъ вытекаетъ, что *fructus extantes* не подлежатъ возвращенію. Мы вполне согласны, что наша теорія не соотвѣтствуетъ положеніямъ Code или проекта и не приписываемъ составителямъ ихъ тѣхъ соображеній или цѣлей, которыми мы руководствуемся при нашихъ цивильно-

политическихъ предложеніяхъ; въ частности относительно *fructus extantes* мы указываемъ, что ихъ невозвращеніе вредно для сельскаго хозяйства, а это указаніе не измѣняется отъ того, что авторъ проекта слѣдуетъ принципу „*Hand wahre Hand*“.

Но обратимся къ этому принципу и посмотримъ, уместно ли его примѣненіе къ нашему вопросу.

Соглашаясь, что наша теорія оказывается негодною для объясненія и оправданія положеній *Code* и германскаго права, мы прежде всего должны замѣтить, что и теорія „*en fait de meubles...*“ не годится для юридической конструкціи и недостаточна для юридическаго оправданія положеній проекта или *Code* о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды:

1. Суть нашего института, центръ тяжести его, состоитъ вовсе не въ приобрѣтеніи добросовѣстнымъ владѣльцемъ права собственности на нѣкоторыя составныя части валового дохода въ натурѣ, а въ освобожденіи владѣльца отъ обязанности возвращенія собственнику чистаго дохода отъ его капитала. И недобросовѣстный владѣлецъ приобрѣтаетъ право собственности на многія составныя части валового дохода, напр., на продукты охоты, рыбной ловли, на продукты фабрики или завода, находящихся въ его незаконномъ владѣніи, на деньги, получаемыя отъ арендаторовъ, нанимателей etc. Поэтому объясненіе и построеніе нашего института съ точки зрѣнія *en fait des meubles...* является зданіемъ на куриной ножкѣ. Вмѣсто соотвѣтствующаго величинѣ и значенію института фундамента предлагается только частица такого фундамента.

2. Но и эта частица не годится. Ибо обоснованіе права собственности на нѣкоторые плоды не объясняетъ не только невозвращенія чистаго дохода, но даже и невозвращенія этихъ плодовъ. Нельзя смѣшивать вещныхъ и обязательственныхъ отношеній. Какъ по римскому праву приобрѣтеніе всѣхъ плодовъ не устранило *restitutio fructuum extantium* или по германскому уложенію приобрѣтеніе (по *specificatio* собственнаго или чужого матеріала) продуктовъ фабрикаціи со стороны недобросовѣстнаго владѣльца фабрики не устраняетъ возвращенія всего чистаго дохода отъ чужого капитала собственнику этого капитала, такъ и обоснованіе права собственности добросовѣстнаго владѣльца на нѣкоторые плоды

принципомъ *en fait des meubles...* вовсе не устраняло бы (если бы оно было правильно) вопроса о возвращеніи всего дохода или *fructus extantes*.

3. Но даже и это обоснованіе права собственности не можетъ быть признано правильнымъ. Конструкція Эндемана заключаетъ въ себѣ ту же ошибку, которую мы выше (стр. 53) замѣтили въ теоріи нашего института, предложенной Виндшейдомъ. Добросовѣстный владѣлецъ приобретаетъ право собственности на плоды съ момента отдѣленія. Требуется, стало быть, объясненіе и обоснованіе его права именно съ этого момента, т.-е. раньше и независимо отъ овладѣнія плодами, отъ наличности „*possession*“. Съ этой точки зрѣнія теорія Эндемана является т. ск. горчицей послѣ обѣда. Она преподноситъ владѣльцу право собственности на плоды тогда, когда онъ уже можетъ отвѣтить: „благодарю покорно, уже есть“; а иногда она не можетъ ему оказать даже этой излишней любезности; это бываетъ тогда, когда *perceptio* плодовъ совершена кѣмъ либо другимъ, напр., воромъ, такъ что для владѣльца именно важно имѣть право собственности, чтобы виндцировать плоды, у кого они окажутся. Такъ какъ въ этомъ случаѣ у владѣльца не было *possession*, которой ему именно желательно достигнуть, то теорія Эндемана должна здѣсь признаться не въ опозданіи, а въ полномъ крушеніи.

Теорія Эндемана такимъ образомъ съ юридической точки зрѣнія не выдерживаетъ критики. Но для насъ здѣсь важнѣе и интереснѣе гражданско-политическое значеніе принципа *possession vaut titre* и вопросъ о гражданско-политической умѣстности примѣненія его къ нашему институту. Можетъ быть, несмотря на свои ошибки съ точки зрѣнія юридической теоріи, Эндеманъ и составители теперешняго германскаго уложенія правы въ томъ отношеніи (о которомъ они, впрочемъ, не думали), что гражданско-политическая идея, лежащая въ основаніи принципа *en fait des meubles...* или *Hand wahre Hand*, въ то же время оправдываетъ и нашъ институтъ, который и долженъ быть устроенъ сообразно съ требованіями и подъ руководствомъ этой идеи.

Чтобы понять гражданско-политическую функцію принципа *en fait des meubles* и найти область, гдѣ умѣстно его примѣненіе, мы должны оставить деревню и отправиться въ городъ на базаръ, оставить сельско-хозяйственныя имѣнія

и инья продуктивныя хозяйства, а равно вопросъ объ ихъ цѣлости и ненарушимости ихъ производительныхъ функцій, и обратиться къ движенію продуктовъ производства чрезъ руки разныхъ посредниковъ (торговцевъ) къ ихъ окончательному годному дестинатару — къ потребителю (если продуктъ является готовымъ предметомъ потребленія, напр., вино, молоко, фрукты) или къ дальнѣйшему производителю (если продуктъ представляетъ орудіе или матеріаль дальнѣйшаго производства, напр., шкуры животныхъ, зерновой хлѣбъ, швейныя машины и т. п.). Другими словами, принципъ *possession vaut titre* слѣдуетъ обсуждать не съ точки зрѣнія производства, а съ точки зрѣнія обращенія (*circulatio*) хозяйственныхъ благъ.

Здѣсь мы можемъ установить слѣдующій цивильно-политическій постулатъ: Поскольку продолжительность обращенія, продолжительность движенія продукта отъ производителя къ годному дестинатару можетъ зависѣть отъ гражданскаго права, желательно устроить это право такъ, чтобы время обращенія было по возможности сокращено.

Для уясненія и обоснованія этого постулата необходимо принять во вниманіе, что время разъединенія продукта съ его годнымъ дестинатаромъ (точнѣе, время, проходящее до соединенія ихъ) представляетъ потерю извѣстнаго *quantum* полезности хозяйственнаго блага, представляетъ извѣстный минусъ для народнаго хозяйства, благосостоянія и прогресса. Это особенно легко доказать относительно тѣхъ продуктовъ, которые по окончаніи періода обращенія и соединеніи со своимъ дестинатаромъ играютъ у него роль орудій производства. Періодъ обращенія такихъ благъ (напр., рабочаго скота, полевыхъ машинъ, строевого матеріала) есть періодъ ихъ непроизводительности, задержки проявленія ихъ производительныхъ силъ. Какъ оставленіе плодороднаго участка на извѣстное время втунѣ представляетъ потерю для народнаго хозяйства, точно также и странствованіе рабочаго вола по ярмаркамъ, швейной машины по складамъ и магазинамъ означаетъ изытіе извѣстной производительной силы изъ производительнаго употребленія въ народной экономіи. Но то же относится и къ потребительнымъ благамъ. Задержка проявленія ихъ потребительной полезности представляетъ потерю для народнаго благосостоянія. Особенно ясно это по отношенію къ тѣмъ благамъ, которыя *usu non consumuntur*. Напр., уста-

новленіе Сикстинской Мадонны въ галлерей для публичнаго созерцанія десяткомъ лѣтъ раньше, нежели это произошло въ дѣйствительности, доставило бы многимъ тысячамъ людей тѣ эстетически и этически высокія и счастливыя минуты, которыя не достались на ихъ долю. Но и предметы, которые уничтожаются при потребленіи, вообще оказываютъ больше пользы, если раньше попадаютъ въ распоряженіе потребителя. Если бы результатъ будущихъ жатвъ въ Индіи можно было передвинуть на настоящее время, то не было бы въ этой странѣ голода и эпидеміи. Болѣе ранняя возможность полезнаго потребленія и вообще распоряженія цѣннѣе, нежели болѣе поздняя такая возможность. Кромѣ того, можно указать еще и на то, что періодъ обращенія относительно огромной массы продуктовъ оказываетъ напрасное вредное вліяніе на продуктъ самъ по себѣ (теряется свѣжесть его, требуются издержки на его храненіе, продуктъ дѣлается технически отсталымъ и вслѣдствіе этого подчасъ бесполезнымъ: прошла мода, прошелъ сезонъ, появились болѣе усовершенствованные продукты), а затѣмъ сокращеніе періода обращенія важно и для народнаго производства, ибо тогда скорѣе возвращаются капиталы къ производителямъ.

Высказанное здѣсь положеніе, впрочемъ, не есть спеціально-экономическая теорема, а общій и въ высшей степени важный „законъ“ человѣческаго благосостоянія и прогресса и даже міроваго развитія. Произведенное раньше полезное техническое изобрѣтеніе (напр., паровой машины), произведенная раньше полезная реформа права, произведенное раньше открытіе и распространеніе какой-либо великой научной истины—*ceteris paribus* цѣннѣе и полезнѣе для человѣчества, чѣмъ эти же блага, если они пользуются или распространяются позже — вообще болѣе ранняя полезность есть бо́льшая полезность ¹⁾.

¹⁾ Отсюда вытекають важныя послѣдствія не только для политики права, но и для этики вообще, а для этики научнаго и ученаго міра въ особенности. *Jalousie de metier*, мелкая зависть, побуждающая подчасъ ученыхъ игнорировать, умалять, или компрометировать идеи, авторами которыхъ являются не они, и вообще не только не содѣйствовать, но вслѣдствіе противодѣйствовать ихъ распространенію и торжеству, обыкновенно рассматривается, какъ смѣшной и мелкій грѣшокъ, распространенный въ ученѣмъ мірѣ и показывающій, что и жрецы науки имѣють свои профес-

Постулять содѣйствія скорѣйшему осуществленію полезности экономическихъ благъ имѣетъ существенное значеніе во всѣхъ областяхъ гражданской политики, но особенная важность его проявляется, конечно, въ тѣхъ отдѣлахъ гражданского права, которые спеціально вліяютъ на обращеніе хозяйственныхъ благъ или, говоря юридическимъ языкомъ, на отчужденіе и приобрѣтеніе вещей или иныхъ объектовъ. Обращеніе хозяйственного блага съ точки зрѣнія права есть цѣль юридическихъ отчуждательныхъ и приобрѣтательныхъ сдѣлокъ; облегчивъ и ускоривъ эти сдѣлки, мы достигаемъ ускоренія и облегченія пути хозяйственного блага къ его дестинатару.

Охотнѣе и скорѣе заключаются сдѣлки относительно какого либо товара, если этотъ товаръ, такъ сказать, самъ ясно и достовѣрно показываетъ приобрѣтателю свое достоинство, свою цѣнность, если не можетъ быть подозрѣній въ суще-

ствительности и мелкія слабости. А между тѣмъ это одна изъ вреднѣйшихъ этическихъ язвъ, представляющихъ весьма существенное препятствіе для блага и прогресса рода человѣческаго, болѣе зловредная язва, нежели многіе другіе безнравственные инстинкты, напр., инстинкты, ведущіе къ кражѣ, убійству и т. п. обыкновеннымъ преступленіямъ. Однимъ изъ существеннѣйшихъ факторовъ улучшенія быта человѣческаго и вообще прогресса является открытіе и распространеніе полезностей, состоящихъ въ благихъ и позезныхъ идеяхъ. А между тѣмъ чѣмъ важнѣе, выше и шире кака-либо новая идея, чѣмъ больше она общается для прогресса блага и истины, тѣмъ труднѣе ея распространеніе и скорое осуществленіе вслѣдствіе противоодѣйствія и ожесточенной борьбы со стороны тѣхъ, которые по недостатку интеллектуальной или этической силы и энергіи сами не сдѣлали и чувствуютъ безсиліе сдѣлать какой либо цѣнный вкладъ въ сокровищницу человѣческаго знанія и идей и поэтому считаютъ признаніе заслугъ другихъ чуть ли не личнымъ оскорбленіемъ и униженіемъ для себя. Какъ это ни прискорбно, но это фактъ, подтверждающійся многими примѣрами въ исторіи идей, что близость и даже существованіе въ живыхъ представителя новой идеи является весьма важнымъ препятствіемъ для успѣха самой идеи; обыкновенно лишь послѣ смерти автора идея получаетъ полный ходъ и признаніе, задержанные до этого времени ремесленною завистью и ненавистью. Но задержаніе развитія и распространенія важной общей идеи на десятокъ лѣтъ подчасъ можетъ нанести общему благу и прогрессу болѣе существенный вредъ, нежели десятки тысячъ кражъ, мошенничествъ или болѣе вредныхъ преступленій. Сколь важнѣе и священнѣе, съ другой стороны, нравственный долгъ того, кто можетъ содѣйствовать скорѣйшему распространенію и торжеству свѣта, посвятить всѣ свои силы этому дѣлу, не страшась гоненій и жертвуя вообще личными интересами и побочными соображеніями!

ствованіи скрытыхъ пороковъ и т. п. Кромѣ техническихъ пороковъ, товаръ (предполагаемая къ заключенію сдѣлка) можетъ обладать юридическими vitia. Къ такимъ юридическимъ vitia относится, напр., по римскому праву furtivitas, краденость вещи, или то обстоятельство, что продаваемый homo на самомъ дѣлѣ есть свободный человѣкъ, такъ что его нельзя приобрѣсти въ собственность, или то обстоятельство, что продающее лицо по малолѣтству или другимъ причинамъ недѣеспособно или не имѣетъ само права собственности на отчуждаемый предметъ, ни законнаго полномочія отъ собственника на его отчужденіе etc.

Признаніе со стороны права ничтожности сдѣлки въ случаѣ наличности такихъ пороковъ дѣйствуетъ на рынокъ и обращаемость хоз. благъ сдерживающимъ образомъ, производитъ треніе и является задерживающею силою въ механизмѣ обращенія. Съ первымъ встрѣчнымъ, предлагающимъ на forum продать раба, римлянинъ не могъ заключить сдѣлки, потому что въ виду возможности разныхъ vitia не было гарантіи, что сдѣлка дѣйствительно будетъ имѣть приобрѣтательный эффектъ. Это ослабляетъ значеніе рынка, удерживая обращеніе преимущественно въ рамкахъ личнаго знакомства и довѣрія, сообщая обращенію патріархальный, сосѣдскій и пріятельскій характеръ и уменьшая свободу и быстроту движенія товаровъ къ годнымъ destinatарамъ.

Вообразимъ теперь, что право сняло съ товаровъ (сдѣлокъ обращенія) всѣ эти vitia и гарантировало всякому приобрѣтателю приобрѣтательный эффектъ, независимо отъ того, заключена ли сдѣлка съ дѣйствительнымъ собственникомъ или нѣтъ, добыта ли вещь кражей или разбоемъ, или честнымъ путемъ, продаетъ ли вещь здоровый и совершеннолѣтній человѣкъ или малолѣтній, сумасшедшій и т. п.

Съ точки зрѣнія исключительно политики обращенія нельзя было бы такой мѣры не привѣтствовать. То психическое „трение“, которое прежде состояло въ разныхъ страхахъ, сомнѣніяхъ и подозрѣніяхъ относительно успѣха сдѣлки и ограничивало спросъ на товары и свободное рыночное обращеніе, теперь устранено.

Обмѣнъ скорѣе и легче оставляетъ узкія патріархальныя рамки и переходитъ въ рыночную толпу, среди которой теперь можно легче сбывать и спокойнѣе приобрѣтать; дѣны

вслѣдствіе расширенія спроса и предложенія регулируются экономически правильнѣе, хоз. блага быстрѣе мчатся и находятъ лучшихъ дестинатаровъ, чѣмъ прежде. Особенно порадовала бы и обогатила такая мѣра классъ торговцевъ.

Но нельзя не указать здѣсь и на то, что подобный торговый радикализмъ въ другихъ отношеніяхъ нанесъ бы тяжелый и серьезный вредъ народному хозяйству и народной этикѣ. Такою мѣрою были бы нарушены основные принципы гражданского права, имѣющіе глубокое и благодѣтельное цивильно-политическое значеніе, въ частности крайне опасною и зловредною была бы такая мѣра съ точки зрѣнія распредѣленія. Здѣсь бы произошли хаосъ и замѣшательства. Можно было бы часто не только легко обобрать малолѣтнихъ, сумасшедшихъ, но и вообще дарить и продывать чужія вещи. Создана была бы почва и мотивы для безнравственныхъ и опасныхъ злоупотребленій и даже для безнравственнаго промысла. Явились бы специалисты по приобрѣтенію чужихъ вещей, краденыхъ предметовъ etc. Распоряженіе чужимъ добромъ въ силу стачки продающаго и приобрѣтающаго сдѣлалось бы частымъ явленіемъ. Для гражданского оборота были бы созданы масса хозяйственныхъ опасностей и деморализующій ядъ.

Къ тому же и съ точки зрѣнія политики обращенія указанная мѣра заключала бы въ себѣ много лишнихъ и негодныхъ элементовъ и подлежала бы соотвѣтственнымъ ограниченіямъ.

Прежде всего политика обращенія и ея мѣры умѣстны только относительно сдѣлокъ обращенія. Всякаго смысла лишена была бы такая политика гражданского права по отношенію къ дарственнымъ сдѣлкамъ и вообще безмезднымъ способамъ приобрѣтенія. Безмездныя сдѣлки несомнѣнно смягчаютъ и благодѣтельно дополняютъ современную систему распредѣленія, но точно также несомнѣнно, что съ точки зрѣнія политики обращенія онѣ не имѣютъ значенія, а политика ускоренія мѣноваго оборота умѣстна только въ области мѣновыхъ сдѣлокъ. Только здѣсь затронуты вопросы рынка, образованія цѣнъ, регулированія спроса и предложенія etc. Лишена была бы всякаго смысла упомянутая мѣра въ области дарственныхъ сдѣлокъ, впрочемъ, уже въ виду той обыденной психологической истины, что „даровому

коню въ зубы не смотреть“. Нельзя опасаться, что люди неохотно будутъ принимать подарки въ виду страха, что сдѣлка вслѣдствіе возможныхъ *vitia* не будетъ имѣть пріобрѣтательнаго эффекта. Этотъ мотивъ воздержанія, этотъ страхъ можетъ имѣть значеніе въ мѣновыхъ сдѣлкахъ, гдѣ жертвуется и, можетъ быть, напрасно жертвуется эквивалентъ, но не въ области безмездныхъ сдѣлокъ. Къ тому же даровыя сдѣлки заключаются не среди рыночной толпы, а между людьми, знающими другъ друга и довѣряющими другъ другу. Поэтому распространеніе упомянутой мѣры на безмездныя сдѣлки или даже обсужденіе вопроса о такомъ распространеніи путемъ соображеній справедливости, состоящихъ во взвѣшиваніи интересовъ дарового пріобрѣтателя и интересовъ дѣйствительнаго собственника, мы должны признать доказательствомъ отсутствія сознательнаго цивилизно-политическаго отношенія къ дѣлу, отсутствія цивилизно-политическаго знанія и пониманія смысла подобныхъ мѣръ и вообще политики обращенія въ гражданскомъ правѣ.

Второе ограниченіе указанной мѣры должно состоять въ требованіи со стороны пріобрѣтателя *bona fides*. Сдѣлать возможнымъ и облегчить завѣдомое пріобрѣтеніе вещей, принадлежащихъ третьему лицу, не уполномочившему продавца на отчужденіе, не имѣетъ смысла даже съ исключительной и узкой точки зрѣнія политики обращенія, требующей только устраненія скрытыхъ опасностей. Если собственникъ не обнаружилъ воли отчужденія, то нѣтъ основанія предполагать, что онъ не является экономически годнымъ destinatаромъ вещи, а таковымъ явится пріобрѣтатель; напротивъ, обыкновенно собственникъ есть годный destinatаръ, а пріобрѣтатель завѣдомо чужой вещи просто плутъ, желающій поживиться на чужой счетъ. Стало быть, распространеніе вышеуказанной мѣры на недобросовѣстныхъ пріобрѣтателей лишено было бы рациональнаго смысла съ точки зрѣнія политики обращенія и было бы исключительно мѣрою, создающею мотивы и возможность для безнравственныхъ злоупотребленій и зловредныхъ промысловъ. Это положеніе, хотя и въ болѣе ограниченномъ смыслѣ, относится и къ тому случаю, если законодатель считаетъ только нужнымъ „защищать справедливые интересы добросовѣстнаго пріобрѣтателя“, но даетъ такое легальное опредѣленіе добросовѣстности, что всякій или

почти всякій недобросовѣстный приобрѣтатель не имѣетъ поводовъ для воздержанія отъ сдѣлки на чужое добро, такъ какъ можетъ рассчитывать, что по закону уличить его въ недобросовѣстности не удастся. *Mutatis mutandis* здѣсь можно повторить то, что мы выше сказали по поводу содержанія *bona fides* въ институтѣ дѣленія доходовъ между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Сознательная политика обращенія требуетъ только, чтобы представители спроса на товары не боялись скрытыхъ подводныхъ скалъ, но она отнюдь не должна вызывать къ жизни подозрительныя сдѣлки. Напротивъ, не только съ точки зрѣнія этическихъ задачъ права и съ точки зрѣнія охраненія нормального распредѣленія, но и съ точки зрѣнія политики обращенія желательно по возможности очистить рынокъ отъ этой болѣзненной примѣси.

Изъ предыдущаго видно существенное значеніе понятія *bona fides* для того отдѣла гражданской политики, который (будетъ) посвященъ обращенію хозяйственныхъ благъ. Но далѣе изъ предыдущаго изложенія видно, что для сознательной и рациональной политики гражданскаго права отнюдь недостаточно обычныхъ теперь въ цивилистикѣ общихъ и неясныхъ замѣчаній о томъ, что добросовѣстные субъекты заслуживаютъ снисходительнаго отношенія къ нимъ права, что интересы добросовѣстнаго приобрѣтателя требуютъ особой защиты, что болѣе мягкое отношеніе права къ добросовѣстнымъ субъектамъ соотвѣтствуетъ справедливости etc. etc. Прежде всего точка зрѣнія интересовъ добросовѣстныхъ владѣльцевъ, приобрѣтателей и т. п. есть точка зрѣнія частно-хозяйственная, а не гражданско-политическая по самому существу своему. На самомъ дѣлѣ весь дуализмъ гражданскаго права, состоящій въ различныхъ системахъ нормъ на случаи *bona fides* и *mala fides*, имѣетъ дѣйствительное и рациональное экономическое и культурное значеніе вовсе не потому, что отъ этого выигрываютъ частно-хозяйственные интересы добросовѣстныхъ владѣльцевъ и т. п. или что для нихъ устлается особенно безопасный и пріятный путь въ гражданскомъ оборотѣ. При примѣненіи такихъ точекъ зрѣнія особыя нормы на случаи *bona fides* оказались бы лишенными гражданско-политической рациональности. То, что милостиво дается добросовѣстному владѣльцу въ виду его примѣрной честности, берется изъ кармана дѣйствительнаго управомоченнаго, который по меньшей мѣрѣ обы-

кновенно столь же честный человекъ, какъ и добросовѣстный приобрѣтатель чужого наслѣдства, чужой вещи etc. Если добросовѣстный приобрѣтатель освобождается отъ опасности возвращенія вещи собственнику, то эта безопасность есть опасность для дѣйствительнаго управомоченнаго. Слѣдовательно и общая и неясная фраза о безопасности и прочности гражданскаго оборота ничего здѣсь не разъясняетъ и не оправдываетъ.

Обычныя теперь общія и неопредѣленные изреченія объ отношеніи права къ добросовѣстности не могутъ разъяснить дѣла уже потому, что на самомъ дѣлѣ *bona fides* и нормы, сюда относящіяся, какъ видно изъ вышеизложеннаго, исполняютъ двѣ совершенно различныя функціи, смотря по вопросамъ, для которыхъ они имѣютъ рѣшающее значеніе. Слѣдуетъ различать:

1. Значеніе и роль *bona fides* и особаго права *bonae fidei* въ области распределенія, а именно значеніе понятія добросовѣстности для политики обезпеченія *status quo* установившагося фактически (по недоразумѣнію) распределенія. Здѣсь *bona fides* означаетъ невозможность предвидѣть угрожающее перераспределеніе, она является хозяйственной неподготовленностью къ внезапному измѣненію *status quo*, а соотвѣтственныя нормы права исполняютъ функцію смягченія неожиданнаго удара и предупреждаютъ такое перераспределеніе, которое бы производило минусъ въ народномъ благосостояніи.

2. Значеніе *bona fides* для политики обращенія хозяйственныхъ благъ, для облегченія и ускоренія движенія полезностей и цѣнностей. Здѣсь особая система нормъ о *bona fides* облегчаетъ сбытъ и приобрѣтеніе объектовъ, устраняя на сторонѣ спроса сомнѣнія относительно юридическаго успѣха сдѣлокъ.

Между тѣмъ какъ первая система нормъ *bonae fidei* оберегаетъ здоровье хозяйственныхъ организмовъ и домашнее благосостояніе, тишину и спокойствіе, вторая система дѣйствуетъ на рынкѣ, на ярмаркахъ и базарахъ и усиливаетъ здѣсь шумъ и дѣловое движеніе. Между тѣмъ какъ первая система оберегаетъ хозяйственную статику, иммобилизируетъ и закрѣпляетъ фактическій *status quo*, вторая система отно-

сится къ хозяйственной динамикѣ и имѣеть въ виду мобилизацію хозяйственныхъ благъ.

Предоставленіе правъ на плоды добросовѣстному владѣльцу относится къ первой системѣ, германистической принципъ „Hand wahre Hand“ и соотвѣтствующее ему положеніе „en fait des meubles la possession vaut titre“ относятся ко второй системѣ, къ системѣ мобилизаціи; смѣшеніе этихъ двухъ различныхъ явленій можетъ только свидѣтельствовать объ отсутствіи цивильно-политическаго пониманія и знанія функціи положеній „Hand wahre Hand“ и „en fait de meubles“... а также вообще нормъ права, относящихся къ bona fides ¹⁾.

¹⁾ Какъ уже видно изъ предыдущаго изложенія, правила пріобрѣтенія (точнѣе невозвращенія) доходовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ (точно также какъ и другія подобныя правила, ограничивающія размѣры *restitutio* въ случаѣ bona fides, напр., до суммы фактическаго сбереженія въ случаяхъ добросовѣстнаго владѣнія чужимъ наслѣдствомъ, исковъ о незаконномъ обогащеніи противъ добросовѣстныхъ получателей etc.) представляютъ лишь типическій примѣръ воплощенія указаннаго въ текстѣ цивильно-политическаго принципа охраненія status quo противъ непредвидѣнныхъ потрясеній и перераспределеній.

Точно также и принципъ „Hand wahre Hand“ играетъ въ нашемъ изслѣдованіи лишь роль типическаго примѣра политики ускоренія и облегченія обращенія въ гражданскомъ правѣ. Этотъ принципъ устраняетъ треніе въ механизмѣ обращенія лишь посредствомъ гарантіи покрытія того скрытаго порока сдѣлки, что покупаемая движимая вещь не принадлежитъ продавцу. Но уже изъ изложеннаго выше экономическаго обоснованія этого принципа видно, что подобная политика можетъ примѣняться ко всякому другому скрытому пороку въ сдѣлкахъ обращенія (къ которымъ относятся не только мѣновныя сдѣлки въ тѣсномъ смыслѣ, но и сдѣлки, играющія роль подготовительныхъ, дополнительныхъ и т. п. актовъ обмѣна, напр., платежъ долга, заемъ, залогъ, *datio in solutum*...). Такіе скрытые пороки, напр., могутъ заключаться въ недѣйствительности или въ недостаточно широкомъ объемѣ довѣренности (полномочія) на сторонѣ представителей спроса или предложенія за другихъ, скрытое отсутствіе дѣеспособности стороны, предлагающей сдѣлку и т. п. Къ политикѣ обращенія въ гражданскомъ правѣ относится и политика кредита. Ипотечное залоговое право, какъ извѣстно, оказываетъ сильное содѣйствіе поземельному кредиту, между прочимъ, и тѣмъ принципомъ, что добросовѣстный пріобрѣтатель гипотечнаго залогового права гарантированъ противъ недѣйствительности ипотеки вслѣдствіе скрытыхъ *vitia*.

Порокъ можетъ состоять не только въ недѣйствительности въ тѣсномъ смыслѣ, но и въ разныхъ возраженіяхъ (*exceptiones*, напр., относящихся къ валютѣ векселя, къ личнымъ отношеніямъ между кредиторомъ и должникомъ при ипотечныхъ долгахъ и т. п.). Средство ускоренія и облегченія

Отсутствіе науки цивильной политики и въ частности отсутствіе научнаго цивильно-политическаго изслѣдованія и познанія принципа „*Hand wahre Hand*“ повело уже въ первомъ нѣмецкомъ проектѣ къ существеннымъ промахамъ въ

обращенія можетъ здѣсь состоять не только въ успокоеніи добросовѣстныхъ приобрѣтателей насчетъ скрытыхъ возраженій, но и въ абсолютномъ исключеніи извѣстнаго рода *exceptiones* противъ третьихъ лицъ

Высшая степень обрачаемости можетъ быть достигнута путемъ представленія всѣхъ правъ распоряженія и реализаціи всякому предъявителю (деньги, бумаги на предъявителя).

Всѣ эти и т. п. искусственныя мѣры политики обращенія сопряжены съ болѣе или менѣе тяжелыми жертвами съ точки зрѣнія экономически и этически здороваго распределенія. Всѣ онѣ влекутъ за собою опасность случайнаго лишенія имущества для ихъ въ чемъ неповинныхъ гражданъ и создаютъ почву и мотивы для случайнаго обогащенія и корыстныхъ и безчестныхъ злоупотребленій.

Поэтому цивильная политика должна къ нимъ относиться съ большимъ принципиальнымъ скептицизмомъ и бережливостью.

Она должна стремиться прежде всего къ такому устроенію права, чтобы по возможности предупредить возникновеніе *vitia* и *negotia vitiosa*, и этимъ путемъ избѣгнуть аномалій распределенія и необходимости санкціонировать ихъ на случай *bona fides* для устраненія психическаго тренія въ механизмѣ обращенія. Такія нормы, какъ напр. признаніе возможности отчужденія движимостей путемъ договора, безъ условія *traditio*, или возможности отчужденія или обремененія недвижимостей безъ гласности и возможности проверки со стороны заинтересованныхъ третьихъ, являются необходимо источникомъ массы порочныхъ сдѣлокъ и аномалій распределенія. Во многихъ случаяхъ удачными цивильно-политическими мѣрами возможно, не затрудняя слишкомъ или даже облегчая обращеніе, заставить въ то же время въ значительной мѣрѣ изсякнуть источникъ вредныхъ экономически и этически аномалій распределенія.

Въ другихъ случаяхъ придется пожертвовать мобилизаціей хоз. благъ ради охраны здороваго распределенія. Въ этомъ отношеніи иначе должна вести себя политика гражданскаго права въ тѣсномъ смыслѣ, нежели политика торговаго права, въ которой центромъ тяжести и существенною задачею является быстрота и легкость обращенія.

Отъ *bona fides*, какъ извинительной *ignorantia* скрытыхъ юр. пороковъ (имѣющей значеніе для всей системы гражданскаго права), слѣдуетъ отличать то ошибочное изъявленіе или направленіе воли одной изъ сторонъ или двустороннее недоразумѣніе, тотъ *error*, который въ ученіи о совершеніи сдѣлокъ обсуждается на ряду съ обманомъ и принужденіемъ съ точки зрѣнія ихъ вліянія на силу сдѣлки. Въ данномъ случаѣ вопросъ слѣдуетъ также обсуждать съ точки зрѣнія годнаго destinatара. Если я имѣлъ въ виду заказать ботинки, а другой контрагентъ по недоразумѣнію предполагаетъ заказъ охотничьихъ сапогъ, или я имѣлъ намѣреніе нанять домъ,

устроении этого института. Придавая существенное значение согласию будущего гражданского уложения с постановлениями действующего германского торгового кодекса ¹⁾, составитель первого проекта внес соответственные положения торгового права в проект, но при этом не ограничился

а другой контрагентъ принялъ мои слова за согласіе на куплю дома, то, очевидно, результатомъ подобныхъ ошибочныхъ сдѣлокъ явилось бы движеніе хоз. благъ къ негоднымъ дестинатарамъ. То же имѣетъ мѣсто въ случаѣ *error in persona*, т.-е. когда воля изъявлена по ложному адресу. Задача гражданской политики, конечно, не можетъ здѣсь заключаться въ правовомъ содѣйствіи такому болѣзненному распредѣленію хоз. благъ посредствомъ допущенія возможности навязывать другому то, чего онъ не желалъ. Тѣмъ болѣе отрицательно должна относиться гражданская политика къ принужденію и обману, какъ источнику болѣзненнаго распредѣленія. Во всѣхъ этихъ и подобныхъ областяхъ (напр., въ области толкованія договоровъ) основною и принципиальною руководящею идеей должна быть истинная воля совершающаго сдѣлку (при чемъ, конечно, слѣдуетъ стараться противодействовать легкомысленному введенію другихъ въ заблужденіе, а тѣмъ болѣе нельзя допускать умышленныхъ злоупотребленій). Прежняя юриспруденція (напр., Савиньи) весьма серьезно и принципиально относилась къ принципу воли. Къ сожалѣнію, въ новѣйшее время вслѣдствіе недостатка достаточно глубокаго пониманія значенія и смысла этого принципа и стремленія съ модной мелко-практичной точки зрѣнія относиться по возможности скептически къ общимъ юридическимъ и инымъ „принципамъ“, были приписаны римскому праву путемъ искусственнаго и неправильнаго толкованія различныя положенія, подкапывающія весьма существенное для правильнаго направленія *distributio* начало „воли“.

Отъ незнанія юр. пороковъ слѣдуетъ далѣе отличать незнаніе скрытыхъ техническихъ пороковъ приобретаемой вещи. Между тѣмъ какъ въ области юр. пороковъ политика права т. е. всемогуща, можетъ ихъ по усмотрѣнію уничтожить по отношенію къ добросовѣстнымъ контрагентамъ, здѣсь единственнымъ средствомъ для борьбы противъ умышленныхъ злоупотребленій и психическаго тренія въ механизмѣ *circulatio* являются иски въ родѣ *a. rehibitoria*, *quanti minoris* etc.

¹⁾ Ср. Мотивы III стр. 314: „Согласію съ правилами торгового права слѣдуетъ приписывать крайне важное значеніе“.

„Несогласіе гражданского права съ торговымъ вело бы къ тому вредному послѣдствію, что рѣшеніе вопроса о приобретении права собственности во многихъ случаяхъ зависѣло бы отъ труднаго рѣшенія вопроса, была ли движимая вещь отчуждена и передана торговцомъ въ сферѣ его торгового предпріятія“.

Противъ общаго стремленія вводить принципы торгового права въ гражданское уложеніе ср. *Lehre v. Einkommen*, II, стр. 550 и сл., eod. стр. 553 — 556 пр. противъ рецепціи принципа „*Hand wahre Hand*“ въ гражданское уложеніе.

возмездными сдѣлками (которыя исключительно имѣются въ виду въ торговомъ уложеніи), а распространилъ принципъ и на сдѣлки безвозмездныя. А именно, первый проектъ опредѣлялъ относительно всѣхъ договоровъ, направленныхъ на перенесеніе собственности, что добросовѣстный приобретатель движимой вещи приобретаетъ по *traditio* право собственности на вещь, хотя бы отчуждающій не имѣлъ на нее права собственности (§ 877 и сл. Изъятіе постановлено относительно потерянныхъ и украденныхъ вещей).

Нѣкоторые изъ критиковъ проекта вполне правильно предложили ограничить примѣненіе принципа „*Hand wahre Hand*“ возмездными сдѣлками. Такъ, Cosack (специалистъ по нѣмецкому торговому праву) въ своей авторитетной критикѣ вещнаго права перваго проекта ¹⁾, хотя и привѣтствуетъ рецензію принципа германскаго права „*Hand wahre Hand*“ ²⁾, но высказывается противъ распространенія его на безвозмездныя сдѣлки. По этому поводу онъ замѣчаетъ слѣдующее:

„Къ недобросовѣстному приобретателю я приравниваю того, кто приобрѣлъ вещь безвозмездно, ибо несправедливо лишать собственника его вещи на томъ основаніи, что она дарственнымъ путемъ перешла въ руки третьяго лица. Въ особенности это правильно относительно отказа вещи, не принадлежащей наследодателю. Иначе рѣшаетъ проектъ; правда, и

¹⁾ Въ „*Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung der Entwurfes, herausgegeben von E. I. Bekker und O. Fischer. „Das Sachenrecht im Entwurf“*, стр. 27.

²⁾ Преимущество положеній германскаго права въ сравненіи съ правилами римскаго права онъ, повидимому, находитъ въ несправедливости лишенія добросовѣстнаго приобретателя приобретенной имъ вещи и въ соотвѣстствіи принципамъ справедливости ограниченія собственника въ случаѣ отчужденія его вещи притязаніемъ противъ того, кому онъ ввѣрилъ свою вещь (I. c. стр. 25 и сл., ср. стр. 40 eod. по поводу *vindicatio*, гдѣ авторъ одобряетъ съ точки зрѣнія справедливости примѣненіе принципа „*Hand wahre Hand*“ и приводитъ конкретные примѣры, долженствующіе показать, въ какое непріятное положеніе ставятъ добросовѣстнаго приобретателя принципы римскаго права). Вообще и критика Cosack'a покоится не на пониманіи и обсужденіи затрогиваемыхъ имъ вопросовъ съ точки зрѣнія политической экономіи, а на точкѣ зрѣнія частныхъ интересовъ сторонъ и „справедливости“ ихъ защиты, причѣмъ для убѣжденія въ справедливости такой защиты интересовъ одной изъ сторонъ приводятся конкретные примѣры, возбуждающіе симпатію къ защищаемой гражданской сторонѣ.

онъ объявляетъ въ § 1848 отказъ вещи, не принадлежащей наслѣдодателю, недѣйствительнымъ; но эта недѣйствительность, если вещь передана наслѣдникомъ легатарію, касается только юридическаго основанія передачи и ею можетъ воспользоваться только наслѣдникъ, а не бывший собственникъ вещи“.

Хотя эти соображенія не обнаруживаютъ со стороны автора экономическаго и вообще цивильно-политическаго пониманія вопроса, тѣмъ не менѣе его требованіе въ концѣ концовъ слѣдуетъ одобрить.

Противъ распространенія принципа „Hand wahre Hand“ на безмездныя сдѣлки высказался также Riess ¹⁾:

„Если А., замѣчаетъ онъ по этому поводу, подарилъ и передалъ С. книгу, которую ему ссудилъ В., то несправедливо, чтобы В. вслѣдствіе этого лишился права собственности на книгу. Его право требовать возмѣщенія убытка отъ дарителя не устраняетъ этой несправедливости“.

„Если смотрѣть на § 877, какъ на исключительное постановленіе въ пользу добросовѣстнаго приобрѣтателя, основанное на томъ, что по общему правилу въ ошибкѣ приобрѣтателя относительно права собственности отчуждителя въ большей степени виновенъ собственникъ, нежели приобрѣтатель, и что поэтому болѣе соотвѣтствуетъ справедливости возложить вредныя послѣдствія на перваго (Мотивы, стр. 344), то эти соображенія должны замолкнуть, если при примѣненіи § 877 потерпѣвшему собственнику противостоятъ хотя и добросовѣстный, но безмездный приобрѣтатель. Тогда справедливость говорить въ пользу собственника“.

Коммиссія для втораго чтенія не послѣдовала этому требованію, и по новому гражданскому уложенію право собственности на незаконно отчужденную чужую вещь предоставлено и безмездному приобрѣтателю. Отчасти только смягчено вредное значеніе этого принципа статьею 816 (находящеюся въ титулѣ о неосновательномъ обогащеніи), изъ которой вытекаетъ (содержаніе ея болѣе общее), что противъ безмезднаго приобрѣтателя возможенъ обязательственный искъ о выдачѣ обогащенія.

¹⁾ Riess, Zum Sachenrecht im Entwurf въ Gutachten aus dem Anwaltstande, Heft 8, стр. 646, 647.

Но далѣе комиссія для второго чтенія къ прежнимъ ошибкамъ въ регулированіи института „Hand wahre Hand“ прибавила еще новыя (ср. L. v. E. стр. 555 пр.). Намъ интересуютъ здѣсь только тѣ изъ нихъ, которыя имѣютъ отношеніе къ вопросу о приобрѣтеніи плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ.

Между тѣмъ какъ составители перваго проекта стояли здѣсь на почвѣ римскаго права и только въ видѣ сравненія указывали на принципъ: „en fait des meubles“.... комиссія для второго чтенія оставила романистическую почву, чтобы замѣнить ее принципомъ германскаго права „Hand wahre Hand“. Изъ вышеизложеннаго уже видно, сколь неумѣстна такая постановка института. Между прочимъ то, что мы сказали выше о необходимости ограничить примѣненіе принципа „Hand wahre Hand“ возмездными сдѣлками, уже само по себѣ показываетъ несообразность примѣненія этого положенія къ институту приобрѣтенія плодовъ. Если, какъ это мы старались показать выше, цивильно-политическій смыслъ института „Hand wahre Hand“ состоитъ въ ускореніи движенія хоз. благъ къ годному destinatary путемъ устраненія мотива, препятствующаго быстротѣ и легкости этого движенія, а именно опасенія, что сдѣлка не будетъ имѣть приобрѣтательнаго эффекта и эквивалентъ (цѣна) можетъ пропасть даромъ, то, очевидно, примѣненіе принципа „Hand wahre Hand“ къ приобрѣтенію плодовъ лишено всякаго цивильно-политическаго смысла и основанія. Добросовѣстное владѣніе самимъ имѣніемъ можетъ быть приобрѣтено путемъ возмезднаго или безвозмезднаго договора или основываться вообще не на договорѣ — это для насъ безразлично, потому что здѣсь дѣло идетъ не о приобрѣтеніи самого имѣнія (гдѣ, впрочемъ, о принципахъ „en fait des meubles“... и „Hand wahre Hand“, какъ относящихся только къ движимостямъ, вообще не можетъ быть рѣчи), а о приобрѣтеніи отдѣльныхъ плодовъ имѣнія. Но, какимъ бы путемъ владѣлецъ ни достигъ владѣнія имѣніемъ, за отдѣльные плоды его онъ никакого эквивалента никому не уплачиваетъ, слѣдовательно, не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы устранить его опасенія относительно риска эквивалента и поощрять его къ спокойному собиранію и присвоенію плодовъ. И здѣсь можно аналогично примѣнить пословицу: даренному коню въ зубы не смотрятъ. Было бы нелѣпо опасаться, что добросовѣстный владѣлецъ при отсутствіи прин-

ципа „en fait des meubles“... позволить яблокамъ гнить въ саду и не рѣшится присвоить себѣ этихъ даровъ природы, какъ мы бы не рѣшились, пожалуй, купить у неизвѣстнаго человѣка дорогую лошадь вслѣдствіе опасенія, что отчуждающій, можетъ быть, не есть собственникъ продаваемого предмета, такъ что при отсутствіи принципа „en fait des meubles“... намъ можетъ угрожать виндикація купленной лошади. Поэтому, если бы мы вмѣстѣ съ составителями второго проекта перешли при обсужденіи вопроса о приобрѣтеніи плодовъ на почву принципа „Hand wahre Hand“, то мы бы просто рѣшили, что добросовѣстный владѣлецъ не долженъ имѣть на плоды никакихъ правъ. Мало того, мы бы пришли къ такому результату даже безъ разсмотрѣнія вопроса о томъ, уплачиваетъ ли добросовѣстный владѣлецъ за собираемые имъ плоды какіе либо эквиваленты. Для насъ достаточно было бы констатировать *prima facie*, что мы, говоря объ отношеніи добросовѣстнаго владѣльца къ плодамъ, находимся не въ области обращенія хоз. благъ, а въ области добывающей и обрабатывающей промышленности. Если плоды попадутъ въ обращеніе, тогда другой вопросъ. Противъ примѣненія принципа „Hand wahre Hand“ къ тѣмъ, которые приобрѣтаютъ плоды у владѣльца чужого имѣнія, съ изложенной выше точки зрѣнія спорить нельзя было бы. Но распространеніе мѣръ политики обращенія на отношеніе владѣльца къ добываемымъ имъ продуктамъ свидѣтельствуетъ только о томъ, какой мракъ еще теперь господствуетъ въ области политики гражданскаго права и сколь необходимо основаніе и развитіе науки цивильной политики на ряду съ науками догматики и исторіи гражд. права.

Мы выше указали, что „добросовѣстность“ въ цивильной политикѣ является источникомъ двухъ различныхъ системъ нормъ и различныхъ „политикъ“: 1) политики обращенія и 2) политики обезпеченія *statu quo* хоз. организмовъ противъ неожиданныхъ потрясеній. Въ данномъ случаѣ, какъ и въ множествѣ другихъ, мы должны обвинять официальныхъ составителей германскаго уложенія и другихъ (въ томъ числѣ Эндемана) не только въ смѣшеніи этихъ двухъ функцій (динамической и статической) положеній права о *bona fides*, но и въ неуясненіи себѣ ихъ обѣихъ.

Предыдущія замѣчанія содержатъ, какъ намъ кажется, достаточное историческое объясненіе и основанія для цѣвильно-политической оцѣнки слѣдующихъ, относящихся къ нашему вопросу параграфовъ новаго германскаго уложенія:

§ 955. „Кто владѣетъ вещью въ видѣ собственности, тотъ приобретаетъ право собственности на органическія произведенія и прочія части вещи, относящіяся къ плодамъ, поскольку это не противорѣчитъ правиламъ §§-овъ 956 и 957, съ момента отдѣленія. Приобрѣтеніе не имѣетъ мѣста, если владѣлецъ не управомоченъ на владѣніе въ видѣ собственности или другое лицо въ силу вещнаго права управомочено къ извлеченію плодовъ, и владѣлецъ во время приобретенія владѣнія не былъ въ состояніи добросовѣстности (*nicht im guten Glauben ist*) или до отдѣленія узналъ о наличности недостатка права (*den Rechtsmangel erfährt*).

Къ владѣльцу въ видѣ собственности приравнивается тотъ, кто владѣетъ вещью для осуществленія какого либо вещнаго права пользованія ею.

Къ владѣнію въ видѣ собственности и приравненному къ нему владѣнію соотвѣтственно примѣняется правило 2-ой части § 940¹⁾.

§ 988. „Если владѣлецъ, который владѣетъ вещью въ видѣ собственности или для осуществленія непринлежащаго ему въ дѣйствительности вещнаго права пользованія, приобрѣлъ владѣніе безвозмездно, то онъ обязанъ возратить доходы за время до начала процесса собственнику по правиламъ о выдачѣ незаконнаго обогащенія“.

Далѣе, §§ 990 и 987 устанавливаютъ болѣе строгія правила отвѣтственности за плоды (*fructus percepti, percipiendi etc.*) на время послѣ начала процесса и на случаи отсутствія добросовѣстности или появленія *mala fides superveniens*, причѣмъ эти понятія опредѣлены такъ же, какъ и въ § 955 („*bei dem Erwerbe des Besitzes nicht im*

¹⁾ Это послѣднее положеніе для насъ не имѣетъ интереса. Оно относится къ вопросу о перерывѣ владѣнія. Точно также можно здѣсь оставить безъ разсмотрѣнія и §§ 956 и 957, регулирующие вопросъ о приобретеніи собственности на плоды со стороны тѣхъ лицъ, которымъ дѣйствительный или путативный субъектъ права пользованія предоставилъ извлеченіе плодовъ, ср. „*Fruchtvertheilung*“, стр. 119 и сл.

guten Glauben... erfährt der Besitzer später...), а затѣмъ § 993 постановляетъ слѣдующее:

„Если нѣтъ на лицо предположеній §§-овъ 987 — 992, то владѣлецъ долженъ извлечь плоды, поскольку они по правиламъ добраго хозяйства не относятся къ доходамъ вещи, возвратить по правиламъ незаконнаго обогащенія ¹⁾;

¹⁾ Для объясненія существа и причинъ появленія этого ограничительнаго положенія, не существовавшаго въ первомъ и второмъ чтеніи и внесеннаго въ уложеніе лишь по парламентской инициативѣ, считаемъ нужнымъ сообщить слѣдующее: первый германскій проектъ, исходя изъ господствующей романистической теоріи *fructus*, относилъ къ понятію плодовъ вещи „ея органическія произведенія и ту прочую добычу изъ нея, извлеченіе которой относится къ пользованію вещью сообразно съ ея назначеніемъ“. Въ первомъ томѣ „*Lehre v. Einkommen*“ я пытался доказать, что господствующая теорія основывается на недоразумѣніи относительно дѣйствительнаго содержанія положеній римскаго права въ этой области и что установленное проектомъ понятіе плодовъ, копирующее мнимое понятіе *fructus* римскаго права, крайне несостоятельно и вредно съ гражданско-политической точки зрѣнія. Второй проектъ тѣмъ не менѣе не послѣдовалъ предложенной мною теоріи плодовъ (по которой это понятіе должно означать не особый видъ вещей, а особое отношеніе между хозяйственными субъектами и хоз. благами, состоящее въ томъ, что плоды являются періодическими прибылями даннаго лица отъ извѣстнаго капитала), а остался на почвѣ прежняго и господствующаго понятія (ср. *Eck.* въ *Sammlung von Vorträgen* ü. d. E., I, стр. 32 и сл.). Въ виду этого я продолжалъ полемику противъ понятія плодовъ проекта во второмъ томѣ *Lehre v. Einkommen*, указывая, между прочимъ, на то, что неправильное понятіе плодовъ въ будущемъ гражданскомъ уложеніи, въ виду существеннаго значенія правильнаго разграниченія понятій дохода и капитала для гражданского права и его политики, ведетъ къ существенной несостоятельности весьма большой массы положеній и институтовъ проекта. Особенно искажаются, конечно, тѣ институты и общія понятія, существо которыхъ опирается на противоположеніе дохода и капитала, такъ какъ подъ понятіе плодовъ по проекту подходятъ и различныя части капитала. Такъ, напр., проектъ предоставляетъ добросовѣстному владѣльцу подъ названіемъ плодовъ и различныя части находящейся въ добросовѣстномъ владѣніи капиталной вещи. „И при томъ выборъ этихъ частей является вполне случайнымъ. Какое разумное оправданіе можно найти для того явленія, что добросовѣстные владѣльцы приобрѣтаютъ деревья вырубленнаго и опустошеннаго ими лѣса, но не приобрѣтаютъ остатковъ сломленнаго ими строенія? Или, развѣ легальное опредѣленіе аренднаго договора по проекту (второго чтенія § 521 и перваго § 531):

„Арендный договоръ обязываетъ отдающаго въ аренду предоставить арендатору пользованіе и извлеченіе плодовъ (*den Gebrauch und den Fruchtgenuss*) изъ арендуемаго предмета во время аренды; арендаторъ обязанъ платить условленную арендную плату“ — не является карриатурой аренднаго договора, если принять во вниманіе, что проектъ разумѣетъ подъ пло-

свыше этого онъ не обязанъ ни къ возвращенію плодовъ, ни къ возмѣщенію вреда.

На время, въ теченіе котораго доходы остаются владѣльцу, къ нему примѣняются правила § 101“.

дами? Это опредѣленіе подходитъ лишь къ тѣмъ случаямъ, гдѣ договоръ слѣдовало бы обсуждать именно не какъ аренду, а какъ куплю или продажу, комбинированную съ арендой“ (Lehre v. Einkommen II, стр. 457).

Эти замѣчанія, наконецъ, подѣйствовали, хотя успѣхъ ихъ въ результатѣ оказался довольно ограниченнымъ. Какъ видно изъ официального отчета коммисіи Рейхстага (Bericht der Reichstags-Kommission über d. Entwurf e. B. G. B. стр. 43), по поводу аренднаго договора было заявлено однимъ изъ членовъ коммисіи предложеніе: въ легальномъ опредѣленіи аренды въ проектѣ слова „и извлеченіе плодовъ“ (und den Fruchtgenuss) замѣнить словами „и извлеченіе плодовъ, поскольку они по правиламъ добраго хозяйства относятся къ доходамъ“. Представители Союзныхъ Правительствъ выразили свое согласіе. Изъ краткаго извлеченія правительственныхъ объясненій по этому поводу, содержащихся въ „Bericht“, видно сознаніе значенія для гражданскаго права понятій дохода и капитала и признаніе, что подъ понятіе плодовъ, принятое проектомъ, подходятъ кромѣ доходовъ и различныя части капитала, причѣмъ признано право гражданства и за терминологіей, предложенной въ „Lehre v. Einkommen (Einkommen—Kapital). Такъ, между прочимъ, въ отчетѣ объ объясненіяхъ представителей Bundesrath'a читаемъ: „Nach § 95 Abs. 1 seien die Erzeugnisse Früchte, auch soweit sie wirtschaftlich nicht zu den Einkünften gehören, sondern als Kapital zu betrachten seien“. Относительно постановки аренднаго договора по проекту представители Союзнаго Совѣта признали слѣдующее: По правиламъ проекта „арендаторъ пріобрѣтаетъ бы право собственности и на плоды, не относящіеся къ доходамъ, и при томъ не обязанъ былъ бы возмѣщать хозяину имѣнія этихъ плодовъ, поскольку они, какъ, напр., въ случаѣ опустошенія лѣса бурей, извлекаются не противно правиламъ добраго хозяйства. Поэтому извлеченіе плодовъ со стороны арендатора должно быть ограничено тѣми плодами, которые относятся къ доходамъ, какъ это и соответствуетъ намѣреніямъ сторонъ при договорѣ аренды; плоды, являющіеся частью капитала, должны принадлежать отдающему въ аренду („Früchte, die ein Theil des Kapitals seien, hätten dem Verpächter zu verbleiben“).

Далѣе въ томъ же отчетѣ читаемъ:

„Подобное постановленіе умѣстно и относительно добросовѣстнаго владѣльца. Послѣднему по § 971 предоставляются плоды, извлеченные имъ до начала процесса о правѣ собственности. Поэтому умѣстно постановить, что онъ обязанъ возвратитъ плоды, не относящіеся къ доходамъ, по правиламъ о незаконномъ обогащеніи“.

„Коммисія признала эти разсужденія правильными путемъ принятія безъ возраженій сдѣланнаго законодательнаго предложенія“.

Таково происхожденіе приведеннаго выше ограниченія правъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды въ новомъ кодексѣ. Оно представляетъ компромиссъ между точкою зрѣнія правительственнаго проекта, внесеннаго въ

Эти положенія по сравненію съ положеніями перваго проекта представляютъ отчасти прогрессъ, отчасти ухудшеніе. Важное и существенное улучшеніе содержится главнымъ образомъ въ двухъ пунктахъ: 1) Въмѣсто примѣненія къ одному

Рейхстагъ, и мнѣніемъ, защищаемымъ въ „*Lehre v. Einkommen*“. По нашему мнѣнію, правильнѣе было бы такъ измѣнить легальное опредѣленіе плодовъ, чтобы не было надобности въ такихъ особыхъ постановленіяхъ и оговоркахъ, какія коммиссія Рейхстага ввела въ правила о добросовѣстномъ владѣніи и въ легальное понятіе аренды. Эти измѣненія и частичныя уступки далеко не устраняютъ всѣхъ тѣхъ промаховъ и недоразумѣній, которые заключаются въ новомъ кодексѣ, какъ послѣдствія неудачнаго опредѣленія плодовъ. Между прочимъ, не устранены и всѣ ошибочныя опредѣленія существа институтовъ, основанныхъ на противоположеніи капитала и дохода. Такъ, напр., теперешнее легальное опредѣленіе узуфрукта въ германскомъ уложеніи страдаетъ тѣмъ же недостаткомъ, который въ прежнихъ проектахъ этого кодекса находился въ опредѣленіи аренды. По § 1030 новаго уложенія узуфруктъ состоитъ въ правѣ пользованія и извлеченія плодовъ (*die Nutzungen der Sache zu ziehen*). Но это опредѣленіе очевидно неправильно, въ виду того, что къ плодамъ по германскому уложенію, какъ совершенно вѣрно признали въ парламентской коммиссіи представители правительства, относятся и части капитала. Исправивъ понятіе аренды, законодатель долженъ былъ исправить и понятіе узуфрукта. Почему этого не случилось? Кажется, что это не простой недосмотръ. Пользуясь тѣмъ, что уже въ правительственномъ проектѣ содержалось постановленіе объ обязанности возмѣщенія за тѣ плоды „которые узуфруктуаръ извлекъ противно правиламъ добраго хозяйства или потому въ чрезмѣрномъ количествѣ, что это вслѣдствіе особаго происшествія было необходимо“, правительственные защитники проекта при парламентскомъ обсужденіи пытались показать, что депутатское предложеніе относительно исправленія понятія аренды въ существѣ дѣла соответствуетъ тому, что уже постановлено въ правительственномъ проектѣ въ области узуфрукта и тѣхъ случаевъ пользованія, на которые распространены правила узуфрукта, такъ что признаніе правильности заявленнаго упрека и предложенной поправки не является принципиальною уступкою (ср. Bericht I. с.). Съ такой точки зрѣнія естественно, что прежнее опредѣленіе узуфрукта оставлено безъ измѣненій. На самомъ же дѣлѣ это опредѣленіе точно также искажаетъ дѣйствительный смыслъ и содержаніе узуфрукта, какъ опредѣленіе аренды въ правительственномъ проектѣ искажало существо аренды.

По отношенію новаго германскаго кодекса къ понятію дохода слѣдовало бы порицать даже и въ томъ случаѣ, если бы законодатель во всѣхъ институтахъ и нормахъ, которые основываются на противоположеніи дохода и капитала, посредствомъ особыхъ оговорокъ и специальныхъ статей устранилъ вредное практическое значеніе ошибочной господствующей теоріи плодовъ. Ибо тогда тѣмъ больше сдѣлалось бы страннымъ упорное сохраненіе легальнаго опредѣленія плодовъ въ § 99 (въ общей части новаго уложенія),

спеціальному случаю путативнаго права извлеченія доходовъ (къ владѣнію въ видѣ собственности) институту нашему предоставлено въ новомъ уложеніи подобающее ему общее значеніе для путативныхъ правъ пользованія вещью. 2) Въмѣсто преж-

воплощающаго устарѣвшую и признанную самимъ законодателемъ недостаточною теорію.

Несмотря на теперешнее дружное стремленіе германской юриспруденціи внушить возможно большее уваженіе къ новому кодексу и подвергнуть остракизму всякіе скептическіе и критическіе отзывы о всемъ уложеніи или отдѣльныхъ его частяхъ, уже въ первомъ учебникѣ новаго общегерманскаго гражд. права (въ учебникѣ Эндемана) мы находимъ отрицательный отзывъ по поводу сохраненія прежней теоріи плодовъ въ § 99 кодекса. А именно, указавъ, что уложеніе остается на почвѣ прежняго романистическаго ученія о плодахъ, Эндеманъ (I § 55 пр. 1) замѣчаетъ:

„Но недавно не безъ основанія (mit guten Gründen) было указано, что эта теорія не отвѣчаетъ всесторонне понятію плодовъ. Плоды означаютъ правильный доходъ, который кто-либо извлекаетъ изъ опредѣленнаго капитала: такимъ образомъ существо плодовъ состоитъ не въ особыхъ свойствахъ вещей, а въ отношеніи субъекта къ имуществу, изъ котораго онъ извлекаетъ правильно возвращающіеся доходы. Таково ученіе книги... Петражицкаго: *Lehre vom Einkommen*, т. I и II. Съ нимъ соглашается Dernburg, *Pandekten*, 5. Aufl. Bd. I § 78“.

Въ новомъ опредѣленіи аренды (§ 581) Эндеманъ видитъ „нѣкоторый намекъ“ на это ученіе. Такой же намекъ, точнѣе косвенное и замаскированное признаніе несостоятельности господствующей теоріи плодовъ, слѣдуетъ видѣть также въ приведенномъ нами въ текстѣ § 993 о возвращеніи добросовѣстнымъ владѣльцемъ обогащенія отъ тѣхъ „плодовъ“, которые относятся къ капиталу, а не къ доходамъ.

„*Lehre v. Einkommen*“ появилася слишкомъ поздно, чтобы предложенныя тамъ теоріи могли быть въ полномъ объемѣ и послѣдовательно осуществлены въ новомъ, находившемся въ послѣднихъ стадіяхъ законодательнаго развитія, уложеніи, тѣмъ болѣе, что для этого потребовалось бы измѣненіе весьма значительнаго числа §§-овъ. Но странное впечатлѣніе производитъ то явленіе, что отдѣльныя уступки, сдѣланныя во время парламентскаго обсужденія въ случаяхъ особой легкости и необходимости измѣненія правительственнаго проекта тщательно маскировались правительственными ораторами посредствомъ стремленія доказать, что предложенныя поправки вполне соответствуютъ духу правит. проекта и соответственныя измѣненія являются только чисто внѣшними уступками. Характернѣйшіи примѣры такого отношенія представляютъ объясненія въ отчетѣ комиссіи Рейхстага (стр. 36 къ § 249 а) по поводу важныхъ и дѣльныхъ съ экономической точки зрѣнія положеній §-а 256 новаго уложенія, оставлющихъ традиціонную точку зрѣнія, будто возмѣщеніе процентовъ бываетъ только въ случаѣ денежныхъ издержекъ и притомъ только въ нѣкоторыхъ (весьма немногочисленныхъ) случаяхъ, когда это особо предписано закономъ, ср.

няго условія, исключаящаго примѣненіе правилъ нашего института: „если владѣлецъ зналъ, что“ и т. д. (gewusst hat, dass), теперь находимъ требованіе добросовѣстности (guter Glaube) по крайней мѣрѣ для времени пріобрѣтенія владѣнія. Первый проектъ вообще избѣгалъ выраженія guter Glaube (bona fides), а вмѣсто этого избралъ понятіе и терминъ „знаніе“ (Wissen, Kenntniss, erfahren), слѣдуя этой терминологіи вездѣ, гдѣ по римскому праву дѣло шло о bona fides, а пандектные и иные современные юристы обыкновенно придерживаются терминовъ: „Redlichkeit“, „Unredlichkeit“, „böser, guter Glaube“, „добросовѣстность, недобросовѣстность“. Это, какъ уже замѣчено выше, вовсе не означало оставленія теоріи „нравственнаго элемента“ въ понятіи „добросовѣстность“, а, напротивъ, являлось болѣе послѣдовательнымъ отдѣленіемъ злыхъ и нечестивыхъ отъ добрыхъ и честныхъ людей. Недобросовѣстными правильнѣе признать лишь людей, завѣдомо пользующихся чужимъ имуществомъ. Вслѣдствіе такого „улучшенія“ и упрощенія романистической теоріи и терминологіи для перваго проекта не требовалось и легальнаго опредѣленія упраздненнаго термина и понятія „guter Glaube“. Защищаемая нами теорія „добросовѣстности“ владѣнія и соответственные упреки по адресу перваго проекта встрѣтили со стороны критики признаніе ¹⁾

Lehre v. Einkommen II, §§ 10, 16, 20, 26, 29. И здѣсь правительственные ораторы старались доказать, что соответственныя депутатскія предложенія отвѣчаютъ намѣреніямъ правит. проекта, и положенія §-а 256 были приняты безпрекословно. Откровеннѣе въ этой области отношеніе Sohм'a (официальнаго защитника правит. проекта въ Рейхстагѣ) въ его брошюрѣ: „Ueber den Entw. e. bürgerl. G.V.“ къ Lehre v. Einkommen“ и содержащейся въ этой книгѣ критикѣ положеній проекта о плодахъ, издержкахъ и процентахъ. Рядомъ съ ожесточенными нападками на меня по поводу общаго отрицательнаго мнѣнія о проектѣ, проводимаго въ приложеніи ко второму тому моей книги (стр. 437—628), въ этой брошюрѣ (стр. 25) помѣщено признаніе желательности исправленія упомянутыхъ специальныхъ отдѣловъ проекта на основаніи той же „Lehre vom Einkommen“.

¹⁾ Ср. Oertmann I. с. стр. 584. Lenhard I. с. стр. 279: „При этомъ авторъ весьма удачно пользуется аналогіей сродныхъ нормъ права и опровергаетъ мнѣніе, видящее въ правилахъ, болѣе выгодныхъ для добросовѣстнаго, нежели для недобросовѣстнаго владѣльца, что то въ родѣ награды за добродѣтель (Fruchtvertheilung, S. 165 ff., insbes. S. 182). Прекрасно также тонкое разграниченіе между mala fides и дѣйствительною нечестностью, которое ведетъ къ триумфу положенія „litis contestatione omnes possessores malae fidei fiunt (S. 166)“. Hellmann I. с. стр. 87—90 (Ср. также его замѣчаніе на стр. 95 и 96 его критики: „Въ проектѣ онъ порицаетъ... 2. Опредѣ-

и составители второго проекта, повидимому, тоже сочли нужнымъ исправить или по крайней мѣрѣ смягчить ошибку, допущенную первымъ чтеніемъ. Сообразно съ этимъ вмѣсто термина Wissen (знаніе) во второмъ чтеніи появился терминъ „guter Glaube“. Если бы, въ виду этого возвращенія къ понятію bona fides, въ

леніе mala fides въ смыслѣ положительнаго знанія о чужомъ правѣ. 3. Распространеніе приобрѣтенія на плоды, отдѣленные послѣ начала процесса. Къ этимъ упрекамъ нельзя не присоединиться, если признать цѣль всего института, какъ ее авторъ развиваетъ во второмъ изслѣдованіи, правильно опредѣленною“.

Ср. также Дернбургъ I § 194 (новое изданіе). Впрочемъ, онъ, несмотря на существенную передѣлку почти всего изложенія § 194 и принципиальное улучшеніе своего ученія о bona fides вообще (ср. § 194 I т. въ 3-емъ изд. 1892 г. съ изложеніемъ того же §-а въ послѣдующихъ изданіяхъ), тѣмъ не менѣе не во всѣхъ специальныхъ положеніяхъ сдѣлалъ должныя (и логически послѣдовательныя) поправки.

Въ третьемъ изданіи Дернбургъ, согласно съ господствующимъ мнѣніемъ, опредѣлялъ существо понятія bona fides слѣдующими словами: Bona fides est „честное убѣжденіе, т.-е. убѣжденіе въ приобрѣтеніи владѣнія безъ обиды другого. Она, слѣдовательно, является чѣмъ-то этическимъ, а не интеллектуальнымъ“ („Ihn bildet redliche Meinung, d. h. die Ueberzeugung, ohne Unrecht den Besitz zu erlangen. Er ist also etwas Ethisches, nicht etwas Intellektuelles“, § 194, стр. 450).

Въ послѣднемъ же изданіи (1896 г.) вмѣсто этого читаемъ:

„Добросовѣстнымъ владѣльцемъ считается только тотъ, кто извѣстительнымъ образомъ считаетъ свое приобрѣтеніе правомѣрнымъ. Польза оборота и этики здѣсь совпадаютъ“ („Als redlicher—gutgläubiger—Besitzer gilt nur, wer seinen Erwerb entschuldbarer Weise für rechtmässig hält. Nutzen des Verkehrs und Ethik fallen hier zusammen“, стр. 458).

Указаніе на „этику“ вслѣдъ за опредѣленіемъ добросовѣстности prima facie сближаетъ это мнѣніе съ мнѣніемъ, выражаемымъ въ первыхъ изданіяхъ. Недоразумѣніе можетъ легко возникнуть еще вслѣдствіе того, что къ положенію текста: „Польза оборота и этики здѣсь совпадаютъ“ въ прирѣчаніи авторъ замѣчаетъ слѣдующее:

„Петражицкій въ своей полемикѣ противъ господствующаго воззрѣнія (Fruchtvertheilung, стр. 165) не принялъ во вниманіе этой цѣли. О „наградѣ за добродѣтель“ по поводу добросовѣстности насчетъ собственника по истинѣ не идетъ рѣчь („Um einen „Tugendpreis“ für Redlichkeit auf Kosten des Eigenthümers handelt es sich wahrlich nicht“). Ср., впрочемъ, самъ Петражицкій на стр. 147“.

Для правильнаго пониманія этихъ не вполне ясныхъ prima facie замѣчаній слѣдуетъ принять во вниманіе существенное различіе слѣдующихъ двухъ положеній:

1. Существо понятія добросовѣстности относится къ области этики, а не только интеллекта. Bona fides „есть нѣчто этическое, а не интел-

общей части уложенія было помѣщено его легальное опредѣленіе, соотвѣтствующее признанному теперь въ цивилистикѣ содержанию *bona fides*, то этимъ несомнѣнно было бы достигнуто весьма существенное улучшение второго проекта (и теперешняго уложенія) по сравненію съ первымъ чтеніемъ, особенно въ виду того, что проектъ (и теперешній кодексъ) опредѣ-

лектуальное“, какъ говорил Дерибурзь въ прежнихъ изданіяхъ. *Bona fides* есть честность, честное убѣжденіе, *mala fides* есть нечестность, недобросовѣстность въ обыденномъ смыслѣ.

2. Установленіе правильнаго юридическаго понятія *bona fides* имѣетъ важное значеніе для народной этики (и экономіи). „Польза (гражданскаго оборота) и этики здѣсь совпадаютъ, какъ намекаетъ Дерибурзь въ новомъ изданіи своего учебника.

И въ первомъ и во второмъ положеніи встрѣчается слово этика, но въ первомъ случаѣ оно играетъ совсѣмъ иную роль (означая существо юридическаго понятія *bona fides*, опредѣляя существо тѣхъ *species facti*, къ которымъ законы о *bona fides* примѣняются), нежели во второмъ (гдѣ рѣчь идетъ не о существѣ юр. понятія, а о цивильно-политическомъ значеніи и вліяніи этого понятія).

Моя полемика противъ господствующаго мнѣнія, проведенная съ различныхъ дополняющихъ и подкрѣпляющихъ другъ друга точекъ зрѣнія въ „Fruchtvertheilung“ и въ обоихъ томахъ „Lehre v. Einkommen“, имѣла цѣлью изгнать изъ науки первое положеніе и на мѣсто его ввести, научно обосновать и развить второе. Въ частности во всѣхъ трехъ названныхъ книгахъ я при разсмотрѣніи различныхъ институтовъ старался показать, что господствующая теорія, раздѣляющая владѣльцевъ и другихъ субъектовъ съ точки зрѣнія честности на „козловъ и барановъ“ („dass man nicht politisch gedacht hat, sondern in gerechter Weise Schafe von Böcken scheiden wollte“. L. v. E. I стр. 337) и награждающая первыхъ, а вторыхъ наказывающая, ведетъ именно къ нравственному и экономическому вреду, къ самымъ вреднымъ и безчестнымъ искушеніямъ, къ расточенію хоз. благъ и къ деморализаціи, какъ это на всякомъ шагѣ обнаруживается при критикѣ германскаго проекта (въ области вещнаго, обязательственнаго и наследственнаго права). Ибо, исходя изъ ошибочнаго воззрѣнія, будто дѣло идетъ о различеніи честности и нечестности, законодатель послѣдовательно признаетъ всѣхъ тѣхъ „добросовѣстными“, которыхъ нельзя упрекнуть въ безнравственности, хотя это такіе субъекты, которые могутъ предвидѣть эвентуальное примѣненіе къ нимъ особыхъ нормъ права *bonae fidei*, безопасныхъ экономически и этически только по отношенію къ тѣмъ, которые *prospicere non possunt*. Такимъ образомъ именно въ виду этическихъ (и экономическихъ) задачъ цивильной политики слѣдуетъ бороться противъ этической теоріи *bona fides*.

Въ виду сказаннаго, намъ кажется, противорѣчія между общимъ взглядомъ Дерибурга и нашимъ на существо *bona fides* не существуетъ. Но, какъ сказано выше, въ его руководствѣ остались частныя слѣды прежняго взгляда, частныя положенія, исходящія изъ взгляда на *bonae fidei possess-*

ляетъ объектъ и содержаніе многихъ другихъ исковъ, кромѣ *rei vindicatio*, путемъ ссылки на правила объ искѣ собственника противъ владѣльца. вмѣстѣ съ тѣмъ составители второго проекта измѣнили прежнюю терминологию и въ области владѣнія чужимъ наслѣдствомъ, такъ что и здѣсь вмѣсто „знанія“ („*die Kenntniss, dass er nicht der Erbe ist*“, § 2085 первого проекта) въ новомъ уложеніи находимъ понятіе „*guter Glaube*“ („*ist der Erbschaftsbesitzer nicht im guten Glauben*“, § 2024 уложенія). Это же выраженіе появилось и въ раздѣлахъ о давностномъ владѣніи (§ 937), о приобрѣтеніи движимыхъ вещей посредствомъ передачи (§ 932) и о закладномъ правѣ (§ 1208).

Но второй проектъ и уложеніе общаго опредѣленія понятія добросовѣстности не содержатъ. Впрочемъ, въ новомъ уложеніи встрѣчается вообще не мало такихъ общихъ юридическихъ понятій безъ общаго легальнаго опредѣленія. Составители въ такихъ случаяхъ обыкновенно предполагали, что содержаніе этихъ понятій хорошо извѣстно и безспорно въ

soges, какъ на честныхъ, заслуживающихъ разныхъ юр. благъ владѣльцевъ, и на *malae fidei possessores*, какъ на субъектовъ недобросовѣстныхъ и заслуживающихъ вслѣдствіе этого строгаго отношенія къ нимъ права. Такъ, въ отдѣлѣ о *specificatio*, I § 204 пр. 10, стр. 483 въ 5-мъ изд., онъ находитъ, что только добросовѣстный рабочій долженъ приобрѣтать *novae species*, ибо только „честный трудъ“ подлежитъ защитѣ. Съ точки зрѣнія безчестности, преступности по отношенію къ чужимъ правамъ, обсуждается *mala fides* въ § 154 пр. 13 (стр. 369 въ 5-мъ изд.). Отъ прежнихъ изданій напрасно осталось также прим. 8 въ § 194 съ выраженіемъ „понятіе добросовѣстности, какъ оно вытекаетъ изъ нравственнаго сознанія“, ср. также I § 222 sub 2 etc.

Также недостаточны и неполны его указанія на цивильно-политическое значеніе *bona fides* и соответственнаго дуализма въ гражд. правѣ. Хотя прежнее весьма неопредѣленное и основанное на теоріи „честности“ указаніе, что „честность приобрѣтенія не замѣняетъ правомѣрности“ (§ 194, въ 3-мъ изд. стр. 449), но ведетъ тѣмъ не менѣе къ предоставленію добросовѣстному владѣльцу извѣстныхъ правъ,—замѣнено въ новомъ изданіи болѣе правильными и удачными указаніями на „облегченіе оборота“, съ одной стороны, и опасность подрыва „прочности собственности“, съ другой стороны, путемъ предоставленія правъ добросовѣстнымъ приобрѣтателямъ и на этическое значеніе правильнаго опредѣленія *bona fides*, но эти замѣчанія играютъ въ его книгѣ роль темныхъ намековъ, значеніе и смыслъ которыхъ едва-ли понятны и ясны для непосвященныхъ въ исторію литературы вопроса. Во всякомъ случаѣ изъ нихъ нельзя вывести яснаго опредѣленія двухъ существенно-различныхъ экономическихъ функций нормъ права о *bona fides*, о которыхъ мы говорили выше.

современной юриспруденціи, такъ что будущее уложеніе не нуждается въ особомъ ихъ опредѣленіи. Такъ, напр., составители не помѣстили въ проектъ опредѣлений понятій издержекъ необходимыхъ, полезныхъ etc., указывая на то, что эти понятія „теперешней теоріи и практикѣ хорошо извѣстны и нѣтъ основанія опасаться, что отсутствие легальнаго опредѣленія поведетъ къ неправильному пониманію тѣхъ предписаній, которыя оперируютъ этимъ понятіемъ“ (Мотивы III, стр. 31).

Если примѣнить соотвѣтственное толкованіе къ понятію „guter Glaube“ новаго уложенія, то результатъ, очевидно, получится такой же, какъ и въ случаѣ помѣщенія легальнаго опредѣленія этого понятія, соотвѣтствующаго римскому понятію bona fides. Но этому толкованію можетъ помѣшать положеніе § 932 о приобрѣтеніи движимыхъ вещей путемъ передачи со стороны несобственника, гдѣ говорится, что приобрѣтатель не признается добросовѣстнымъ, если ему извѣстно или вслѣдствіе грубой неосторожности неизвѣстно, что вещь не принадлежитъ отчуждающему. Положимъ, это положеніе никоимъ образомъ не можетъ имѣть значенія общаго легальнаго опредѣленія, годнаго и для другихъ случаевъ, гдѣ въ уложеніи встрѣчается терминъ „guter Glaube“. Противъ этого говоритъ прежде всего мѣсто этой нормы въ кодексѣ. Оно является частью § 932, говорящаго о специальномъ случаѣ приобрѣтенія. Далѣе, въ приведенномъ положеніи нельзя видѣть общаго опредѣленія bona fides вслѣдствіе самаго его содержанія, которое ни къ одному изъ другихъ случаевъ примѣненія понятія bona fides въ кодексѣ не подходитъ. Знаніе или виновное незнаніе, что вещь не принадлежитъ отчуждающему, очевидно, не составляетъ содержанія добросовѣстности въ случаѣ владѣнія наслѣдствомъ. Но то же относится и къ болѣе близкимъ и сходнымъ случаямъ: къ давностному владѣнію вещью и къ приобрѣтенію плодовъ. Давностное владѣніе по германскому уложенію обыкновенно въ случаѣ незнанія приобрѣтателя о томъ, что вещь не принадлежитъ отчуждающему, именно не имѣетъ мѣста. Если недостатокъ нормальныхъ условій приобрѣтенія состоитъ въ отсутствіи права собственности на сторонѣ отчуждающаго, то примѣняется правило § 932, а не правила о давностномъ владѣніи. Что же касается правилъ о приобрѣтеніи плодовъ, то и они имѣютъ въ

виду совсѣмъ иное содержаніе *bona fides*, нежели § 932. Прежде всего при приобрѣтеніи плодовъ не происходитъ отчужденія этихъ объектовъ, вообще нѣтъ договора и не можетъ быть рѣчи о правѣ „отчуждающаго“, тѣмъ болѣе, что на плоды, приобрѣтаемые владѣльцемъ, вообще прежде никто не имѣлъ права собственности и владѣлецъ приобрѣтаетъ ихъ сразу въ свою собственность. Если же (неправильно) перенести опредѣленіе § 932 на отношеніе владѣльца къ капитальной вещи, то получаются новыя противорѣчія. Вѣдь по германскому кодексу для приобрѣтенія плодовъ не требуется владѣніе въ видѣ собственности, слѣдовательно и содержаніе *bona fides* здѣсь не относится къ вопросу о правѣ собственности. Но и въ случаѣ владѣнія въ видѣ собственности положеніе § 932 не подходитъ къ нашему случаю потому, что добросовѣстное владѣніе, годное для приобрѣтенія плодовъ, возникаетъ по различнымъ и многимъ причинамъ, а не только вслѣдствіе отсутствія права собственности на сторонѣ отчуждающаго („отчужденіе“ вовсе не требуется; въ случаѣ же отчужденія порокъ можетъ заключаться во многихъ другихъ обстоятельствахъ, кромѣ отсутствія права собственности на сторонѣ отчуждающаго).

И такъ § 932 не содержитъ легальнаго опредѣленія *bona fides*; онъ имѣетъ въ виду только спеціальныя случаи приобрѣтенія вещей и не допускаетъ непосредственнаго примѣненія къ другимъ институтамъ. Несомнѣнно по отношенію къ понятію *bona fides* слѣдуетъ констатировать пробѣлъ закона и возникаетъ вопросъ объ его восполненіи. Вотъ въ этомъ смыслѣ § 932 можетъ оказать свое вредное вліяніе и помѣшать такому же отношенію юриспруденціи къ *bona fides*, какое слѣдуетъ ожидать относительно необходимыхъ, полезныхъ издержекъ, т.-е. примѣненію общихъ цивилистическихъ теорій. Вѣроятно, для опредѣленія понятія *bona fides* въ наследственномъ правѣ, въ институтахъ давностнаго владѣнія, возмѣщенія издержекъ, приобрѣтенія доходовъ etc. будущая нѣмецкая юриспруденція воспользуется § 932, какъ основаніемъ для аналогіи. Поскольку положеніе § 932 содержитъ въ себѣ элементы, не подходящіе для аналогичнаго примѣненія, они будутъ въ другихъ случаяхъ исключены, поскольку же это положеніе можетъ быть распространено и на другіе случаи, будетъ примѣнено аналогичное толкованіе. Особенно благо-

приятнымъ поводомъ для этого можетъ явиться то обстоятельство, что составители второго проекта сами видѣли въ институтѣ приобрѣтенія плодовъ особый случай примѣненія принципа § 932. Это мнѣніе является недоразумѣніемъ, какъ съ цивильно-политической, такъ даже и съ юридической точки зрѣнія ¹⁾, а при толкованіи законовъ слѣдуетъ обращать вниманіе на разумный смыслъ и самостоятельное значеніе ихъ, а не на ошибочныя представленія членовъ комиссіи, выработавшихъ проектъ, но эта правильная и въ теоріи общепризнанная точка зрѣнія далеко не всегда соблюдается на практикѣ.

Какъ бы то ни было, даже и въ случаѣ примѣненія аналогіи, слѣдуетъ констатировать въ области правъ владѣльца вещи и наслѣдства на доходы, на возмѣщеніе издержекъ etc. большой прогрессъ вслѣдствіе замѣны понятія „знанія“ понятіемъ „добросовѣстность“, „*guter Glaube*“. Хорошо уже и то, что „грубая небрежность“ устраняетъ примѣненіе льготныхъ правилъ, установленныхъ на случай добросовѣстности. Для уличенія въ „грубой неосторожности“ достаточно указать на такія обстоятельства приобрѣтенія, игнорировать которыя было бы *non intellegere quod omnes intellegunt*.

Но это улучшение не коснулось *mala fides superveniens*. „*Guter Glaube*“ требуется по уложенію только для начала владѣнія. Приобрѣвъ владѣніе „добросовѣстно“, дальше владѣлецъ можетъ проявлять и „грубую неосторожность“ и все-таки приобрѣтаетъ плоды. Для этого ему только слѣдуетъ заботиться, чтобы не приобрѣсть положительнаго знанія наличности чужого права. Какъ въ области владѣнія чужою вещью или осуществленія чужого права извлеченія плодовъ, такъ и въ области владѣнія чужимъ наслѣдствомъ на мѣсто римской *mala fides superveniens* германское уложеніе ставитъ приобрѣ-

¹⁾ Съ точки зрѣнія *ratio legis* признаніе отсутствія грубой неосторожности достаточнымъ условіемъ для приобрѣтенія движимыхъ вещей по § 932 можно оправдывать тѣмъ соображеніемъ, что для быстроты обращенія товаровъ желательно освободить представителей спроса отъ необходимости справокъ и вообще примѣненія большой осторожности. Такая *ratio* для облегченія условій *bona fides* въ торговомъ оборотѣ, очевидно, не можетъ имѣть мѣста въ области приобрѣтенія плодовъ имѣнія, а тѣмъ болѣе въ области владѣнія наслѣдствомъ. Именно желательно побудить претендентовъ на наслѣдство къ особой осторожности и обдуманности.

теніе положительнаго знанія (какъ и первый проектъ), какъ условіе усиленія отвѣтственности (ср. выше, стр. 235 и сл., ср. § 2024, „Если владѣлецъ наслѣдства узнаетъ позже, что онъ не наслѣдникъ, то онъ отвѣчаетъ такъ же [какъ въ случаѣ отсутствія *guter Glaube* въ началѣ владѣнія] со времени приобрѣтенія знанія“).

Это различное отношеніе къ вопросу о добросовѣстности въ началѣ владѣнія и въ дальнѣйшемъ его теченіи имѣетъ въ виду то обстоятельство, что обыкновенно и естественно приобрѣтатели только до приобрѣтательнаго акта и во время его считаютъ необходимыми извѣстныя предосторожности, справки etc., послѣ же приобрѣтенія они болѣе спокойно относятся къ своему приобрѣтенію и несправедливо было бы отъ нихъ требовать, чтобы они, приобрѣвъ вещь или наслѣдство, повторяли періодически свои развѣдыванія и справки.

Нельзя отказать этой мысли въ признаніи ея справедливости. Тѣмъ не менѣе ея выраженіе въ германскомъ уложеніи, заключающееся въ указанномъ различномъ рѣшеніи вопросовъ о начальной *bona fides* и о *mala fides superveniens*, основано на недоразумѣніи, а именно на ошибочномъ пониманіи значенія понятія вины, небрежности, неосторожности. Совершенно вѣрно, что нельзя требовать отъ владѣльца, чтобы онъ, приобрѣвъ владѣніе корректно (*bona fide*), потомъ періодически подвергалъ свое право ревизіи и наводилъ новыя справки. Но вѣдь право, предписывая обязанность *diligentia*, вовсе и не возлагаетъ ни на кого такихъ курьезныхъ обязанностей. Вообще понятіе *diligentia* вовсе не содержитъ въ себѣ обязанности къ опредѣленнымъ и всегда одинаковымъ дѣйствіямъ. Если для признанія правъ на плоды etc. римское право требуетъ *diligentia* какъ въ началѣ, такъ и въ продолженіе владѣнія, то это вовсе не значитъ, что владѣлецъ долженъ во все продолженіе владѣнія заниматься справками, какъ при приобрѣтеніи вещи. Это значитъ только, что владѣлецъ долженъ всегда вести себя корректно, какъ *bonus pater familias*. Но *bonus pater familias*, собравъ разъ справки, безъ особаго повода и основанія для сомнѣнія не будетъ ихъ повторять. И при приобрѣтеніи владѣнія далеко не всегда *bonus pater familias* сочтетъ нужнымъ заниматься собираніемъ особыхъ справокъ и свѣдѣній. Покупая отъ знакомаго и уважаемаго сосѣда имѣніе, унаслѣдованное имъ отъ его отца, никто не

станеть заниматься изслѣдованіемъ юридической исторіи этого имѣнія. Тѣмъ болѣе нѣтъ надобности съ точки зрѣнія *diligentia boni patris familias* заниматься до конца владѣнія репетиціями такого юридическаго изслѣдованія. Дѣло совсѣмъ не въ этомъ, а въ томъ, чтобы владѣлецъ не игнорировалъ такихъ обстоятельствъ, которыя, обнаружатся ли они въ началѣ владѣнія или потомъ, всякаго дѣльнаго и порядочнаго человѣка должны навести на сомнѣнія и побудить къ заботѣ о разъясненіи дѣйствительнаго юридическаго положенія. При правильномъ разумѣніи понятій: *diligentia, culpa etc.* нѣтъ никакого основанія дѣлать различіе между началомъ и продолженіемъ владѣнія, потому что эти понятія по самому существу своему гибки и примѣняются къ обстоятельствамъ.

На этомъ основаніи мы считаемъ введеніе въ уложеніе различія предположеній для первоначальной и послѣдующей недобросовѣстности теоретическимъ ухудшеніемъ сравнительно съ первымъ проектомъ, который въ обоихъ случаяхъ одинаково требовалъ для признанія недобросовѣстности доказательствъ положительнаго знанія со стороны владѣльца.

Въ практическомъ результатѣ, конечно, ухудшенія никакого не произошло, а, напротивъ, второе чтеніе и теперешнее уложеніе заключаютъ въ себѣ важное улучшеніе по сравненію съ первымъ чтеніемъ въ опредѣленіи условій первоначальной недобросовѣстности. Условія же *mala fides superveniens* оставлены въ прежнемъ видѣ, такъ что въ общемъ получается цивильно-политическій прогрессъ, къ сожалѣнію только не вполне достаточный и непослѣдовательно проведенный.—

Весьма крупный и компрометирующий комиссію для второго чтенія теоретическій регрессъ заключается въ томъ обстоятельствѣ, что она присоединилась къ мнѣнію, будто нашъ институтъ слѣдуетъ построить на почвѣ германистическаго принципа „*Hand wahre Hand*“.

Плодами этого недоразумѣнія слѣдуетъ признать два явленія въ новомъ уложеніи:

1. Упущеніе введенія *restitutio fructuum extantium*.
2. Введеніе въ уложеніе новаго §-а 988-го (ср. выше стр. 299), по которому добросовѣстный владѣлецъ, пріобрѣтшій владѣніе капитальною вещью безмездно, обязанъ къ возвращенію плодовъ въ размѣрѣ своего обогащенія. Идея этого закона по мысли комиссіи состоитъ въ слѣдующемъ:

Институтъ приобрѣтенія плодовъ въ уложеніи является лишь необходимымъ слѣдствіемъ реципированнаго въ уложеніи принципа германскаго права ограниченія виндикаціи движимостей. Но, по второму проекту, кто безвозмездно приобретаетъ право собственности по этому принципу, тотъ обязанъ выдать свое обогащеніе дѣйствительному управомоченному. Послѣдовательность требуетъ установленія этого ограниченія и въ области прибрѣтенія плодовъ.

И здѣсь слѣдуетъ различать практическіе результаты отъ ихъ теоретическихъ основъ. Что касается послѣднихъ, то мы уже по поводу теоріи Эндемана доказали, что „послѣдовательное“ примѣненіе германскаго принципа прибрѣтенія движимостей къ нашему институту ниже критики съ точки зрѣнія какъ юридической, такъ и цивильно-политической теоріи. Приведенныя выше соображенія требуютъ здѣсь лишь незначительныхъ измѣненій и дополненій:

1. Новое германское уложеніе реципировало вообще ограниченіе виндикаціи движимостей въ видѣ начала „Hand wahre Hand“, а не „en fait des meubles la possession vaut titre“¹⁾. Но такъ какъ существеннымъ условіемъ примѣненія Hand wahre Hand является договоръ и передача движимости, а добросовѣстный владѣлецъ приобретаетъ владѣніе плодами не путемъ передачи, то составители уложенія въ области прибрѣтенія права собственности на плоды, конечно, могли имѣть въ виду только начало en fait des meubles..., но никоимъ образомъ не „Hand wahre Hand“, такъ что о „послѣдовательномъ“ проведеніи принципа облегченнаго прибрѣтенія движимостей въ другихъ частяхъ уложенія и въ нашемъ институтѣ рѣчи быть не можетъ. Съ другой стороны, эта непослѣдовательность, какъ указано выше, не достигаетъ цѣли юридическаго обоснованія института, а) такъ какъ § 955 уложенія признаетъ право собственности на плоды съ момента отдѣленія, а не съ момента прибрѣтенія „possession“, б) такъ какъ и въ случаѣ правильности обоснованія права собствен-

¹⁾ И оно въ высшей степени право, что не послѣдовало правилу art. 2279 Code civil, которое является крайне несостоятельнымъ не только вслѣдствіе упущенія условія bona fides, но и именно вслѣдствіе того, что для прибрѣтенія требуется просто „possession“, а не traditio на основаніи мѣтновой сдѣлки.

ности на плоды, какъ на *meubles*, этою юр. конструкціей вещныхъ отношеній нисколько бы не рѣшался вопросъ о возвращеніи *fructus ext.*, какъ *praestatio personalis*, с) такъ какъ и въ случаѣ отсутствія этихъ двухъ логическихъ промаховъ, напрасно было бы полагать, что обосновано и объяснено основное существо института, состоящее въ извѣстномъ распредѣленіи чистаго дохода, независимо отъ того, какъ приобрѣтаются владѣльцемъ и обсуждаются правомъ разные части валового дохода *in natura*.

2. Свою теорію, повидимому, производящую полную революцію существа института, Эндеманъ выставилъ только для того, чтобы обосновать невозвращеніе *fructus extantes*. Хотя юристы привыкли производить крупныя юридическія революціи на словахъ, не дающія никакихъ или почти никакихъ результатовъ на дѣлѣ, и переносить этотъ въ догматикѣ невинный приѣмъ въ непривычную имъ область политики права, тѣмъ не менѣе составители уложенія не пожелали ограничиться тѣмъ скромнымъ результатомъ своей теоріи, который казался достаточнымъ Эндеману и который состоялъ въ (мнимомъ) опроверженіи цивильно - политическихъ доводовъ въ пользу *restitutio fr. ext.* конструктивными соображеніями, а ввели въ уложеніе правило §-а 998-го, какъ видимый результатъ и новое послѣдствіе ихъ мудрой и вмѣстѣ съ тѣмъ національной теоріи приобрѣтенія плодовъ въ отличіе отъ „романистическаго шаблона“.

Но и въ этомъ „послѣдствіи“ ихъ теоріи кроется существенное недоразумѣніе. Оно состоитъ въ смѣшеніи приобрѣтенія владѣнія капитальною вещью съ приобрѣтеніемъ плодовъ. Различіе возмезднаго и безмезднаго приобрѣтенія владѣнія относится именно къ капитальной вещи, а не къ плодамъ, которые владѣлецъ приобрѣтаетъ вообще не посредствомъ сдѣлки. Если ужъ стать на точку зрѣнія посылокъ составителей уложенія, то слѣдовало бы рѣшить, что владѣлецъ всегда возвращаетъ свое обогащеніе отъ плодовъ, потому что ни одного изъ нихъ не приобрѣтаетъ по возмездной сдѣлкѣ.

Такимъ образомъ авторы уложенія выводили послѣдствія изъ своего принципа, сообразуя его то съ особенностями приобрѣтенія плодовъ (гдѣ дѣйствительно идетъ рѣчь о *meubles*, но только не требуется и можетъ не быть на лицо *posses-*

sion), то съ условіями пріобрѣтенія владѣнія главною вещью (гдѣ дѣло не идетъ о meubles, напр., въ случаѣ сельско-хозяйственнаго имѣнія, но зато есть possession, которая, впрочемъ, ne vaut pas titre). Ни то, ни другое не годится и одно другому противорѣчить.

Съ другой стороны, въ виду отсутствія передачи плодовъ, составители, какъ сказано, могли обосновать ихъ пріобрѣтеніе принципомъ ограниченія виндикаціи только во французской (особенно неудачной) его формѣ, игнорирующей необходимость сдѣлки и a priori различіе между возмездными и безвозмездными сдѣлками (§ 955 уложенія), — возвращеніе же обогащенія въ случаѣ безмезднаго пріобрѣтенія составители могли обосновать только особенностями принципа Hand wahre Hand въ отличіе отъ possession vaut titre, потому что только тогда можно ввести различіе между возмездными и безвозмездными сдѣлками. И то, и другое не годится и одно другому противорѣчить.

Хотя такимъ образомъ о „последовательномъ“ распространеніи германистическаго принципа ограниченія виндикаціи на нашъ институтъ въ германскомъ уложеніи рѣчи быть не можетъ, тѣмъ не менѣе § 988 есть своего рода цѣнный историческій монументъ. Онъ будетъ впредь до реформы или пересмотра гражданскаго права въ Германіи представлять вещественное и наглядное доказательство той ignorantia и того мрака въ области гражданской политики, которые господствовали среди самой выдающейся и играющей мировую руководящую роль юриспруденціи въ концѣ 19-го вѣка. Ибо онъ воплощаетъ въ себѣ незнаніе и непониманіе смысла того существеннаго дуализма, который проходитъ чрезъ всю систему гражданскаго права и состоитъ въ различіи нормъ права на случаи mala fides или вообще scientia и на случаи bona fides — извинительнаго заблужденія. Всѣ (раціональныя) нормы права на случаи извинительнаго заблужденія исполняютъ функцію увеличенія или охраненія народнаго благосостоянія посредствомъ осуществленія принципа правильнаго экономическаго дестинатара, но среди нихъ въ свою очередь существуетъ принципиальная двойственность, ибо одна категорія этихъ нормъ иммобилизируетъ statu quo происшедшаго фактически распредѣленія, другая же дѣйствуетъ въ обратномъ направленіи, въ направленіи мобилизаціи хоз. благъ, ускоре-

нія обращенія. Отсутствие сознанія и пониманія этихъ именно принципіальныхъ дуализмовъ воплощаетъ и увѣковѣчиваетъ какъ нельзя лучше § 988.

Однимъ словомъ, теоретическія разсужденія комиссіи по поводу нашего института, кромѣ комбинаціи удивительно большаго числа недоразумѣній и ошибокъ спеціального свойства, содержатъ въ себѣ и достаточно поводовъ для размышленія на общую тему о необходимости науки гражданской политики для сознательнаго и рациональнаго гражд. законодательства, объ естественномъ фіаско и недостаточности программы практическо-догматической школы Иеринга и другихъ романистовъ (*durch das römische Recht*) и національной программы Gierke и другихъ германистовъ (*durch das deutsche Recht*) etc.

Въ несравненно менѣе печальномъ и безобразномъ видѣ представляется дѣло съ точки зрѣнія окончательныхъ практическихъ результатовъ описанной выше теоретической пунтаницы.

Жалею, конечно, что въ новое уложеніе въ угоду германистической конструкціи и ради вящаго торжества побѣдоноснаго германизма надъ скомпрометированнымъ и побитымъ романизмомъ не попало ни въ чемъ неповинное, весьма разумное и полезное правило римскаго права о возвращеніи личныхъ плодовъ. Но, въ сравненіи съ первымъ проектомъ, новымъ продуктомъ перечисленія нашего института въ число трофеевъ германизма является лишь одно такое постановленіе, которое съ точки зрѣнія его практическихъ послѣдствій едва ли можетъ имѣть важное и особенно вредное значеніе, несмотря на всю его уродливость съ принципіальной точки зрѣнія теоріи гражданской политики, а именно положеніе о возвратѣ обогащенія въ случаѣ безмезднаго приобрѣтенія плодородной вещи. Вредъ отъ этого постановленія сравнительно невеликъ, потому что случаи безвозмезднаго приобрѣтенія добросовѣстнаго владѣнія не играютъ большой роли въ народномъ хозяйствѣ. При томъ законъ этотъ, представляя, съ одной стороны, ухудшеніе по сравненію съ римскимъ правомъ и прочими гражданскими законодательствами, оберегающими и хозяйства безмездныхъ приобрѣтателей отъ неожиданныхъ и разрушительныхъ требованій, является, съ другой стороны, въ своей области примѣненія гражданско-политическимъ *remedium*

освобожденія владѣльцевъ отъ возвращенія *fructus extantes*. Ибо безмездные приобрѣтатели въ силу §-а 988 обязаны будутъ обыкновенно выдать собственнику *fructus extantes*, какъ свое обогащеніе. Требованіе возврата незаконнаго обогащенія имѣетъ своимъ непосредственнымъ предметомъ тѣ объекты, которые обогатили отвѣтчика, т.-е. въ данномъ случаѣ *fructus extantes*; лишь въ случаѣ отсутствія этихъ объектовъ требованіе направляется на возмѣщеніе деньгами. Такимъ образомъ составители уложенія, проводя такую юр. конструкцію института, которая, по указанію Эндемана, устраняетъ *restitutio fr. ext.*, случайно и сами того не замѣчая ввели возвращеніе наличныхъ плодовъ окольнымъ путемъ именно въ той области, гдѣ идея, защищаемая Эндеманомъ, единственно повела къ новымъ и оригинальнымъ результатамъ.

Полезное правило введено здѣсь т.-ск. контрабандою; составители проекта въ немъ неповинны, какъ неповинны они въ томъ, что хозяйства возмездныхъ приобрѣтателей добросовѣстнаго владѣнія будутъ, на основаніи новаго уложенія, какъ и по римскому праву, обеспечены отъ потрясенія вслѣдствіе неожиданнаго долга *fructus consumpti*. Ибо они къ этой цѣли вовсе не стремились, а желали только предоставить владѣльцамъ права, вытекающія изъ германскаго принципа *Hand wahre Hand* (что равнялось бы нулю, если бы не другія, указанныя выше, ошибки составителей).

Но, къ сожалѣнію, законодательство на авось безъ привычки примѣненія правильнаго цивильно-политическаго метода мышленія и безъ свѣта научно и методически разработанныхъ цивильно-политическихъ знаній не всегда ведетъ къ неумышленно хорошимъ законамъ:

Правило §-а 988-го о возмѣщеніи обогащенія въ случаѣ безмезднаго приобрѣтенія владѣнія главною вещью, мы, какъ замѣчено выше, само по себѣ не считаемъ практически особенно вреднымъ и рядомъ съ вредомъ въ одномъ направленіи мы видимъ въ немъ пользу въ другомъ направленіи. Въ уложеніи, какъ мы видѣли выше, есть еще одно правило, возлагающее на добросовѣстнаго владѣльца обязанность выдачи обогащенія. Это правило относится къ тому случаю, когда владѣлецъ извлекаетъ „плоды“, по правильному понятію плодовъ относящіеся не къ *fructus*, а къ *substantia rei*, т.-е. когда онъ не ограничивается извлеченіемъ доходовъ, а частично уничто-

жаетъ капиталъ и разоряетъ имѣніе. Этому правилу самому по себѣ мы должны только радоваться, какъ признаку признанія правильности защищаемой нами общей теоріи плодовъ— и вполне рациональному началу въ спеціальной области своего примѣненія.

Къ сожалѣнію, оба эти правила ведутъ въ практическомъ результатѣ къ зловреднымъ экономическимъ и этическимъ явленіямъ по особымъ причинамъ, заключающимся не въ нихъ самихъ и, конечно, не могущихъ быть вѣнненными въ вину авторамъ идей, въ этихъ правилахъ воплощенныхъ. Источникомъ цивильно-политическаго яда, косвеннымъ путемъ внесеннаго въ названныя правила, являются недостаточно удачныя постановленія уложенія о *bona fides*, именно неудачное регулированіе *mala fides superveniens*. Мы видѣли выше, что по уложенію только появленіе положительнаго знанія превращаетъ добросовѣстнаго владѣльца въ недобросовѣстнаго, такъ что даже грубая небрежность владѣльца не принимается во вниманіе. Далѣе, изъ вышеизложеннаго видно, что на основаніи такого правила недобросовѣстные владѣльцы, даже вполне увѣренные въ своей неправотѣ или во всякомъ случаѣ питающіе весьма мало надежды на удержаніе имѣнія, могутъ спокойно рассчитывать на то, что къ нимъ будутъ примѣнены правила о добросовѣстныхъ владѣльцахъ.

Но эти правила въ случаѣ безвозмезднаго приобрѣтенія владѣнія (напр., имѣніе приобрѣтено по завѣщанію, которое законные наслѣдники не безъ основанія надѣются оспорить, или имѣніе не принадлежало завѣщателю и дѣйствительный собственникъ послѣ попытокъ мирнаго улаженія дѣла собирается предъявить искъ) состоятъ въ томъ, что владѣлецъ не обязанъ возвращать доходовъ, если своевременно растратитъ ихъ, если онъ не собережетъ обогащенія. Конечно, тѣ дѣйствительно недобросовѣстные владѣльцы *ex causa lucrativa*, которые по римскому праву вслѣдствіе наличности достаточнаго повода для *dubitatio* были бы причислены къ *malaе fidei possessores*, а по новому германскому уложенію будутъ рассчитывать на невозможность уличенія ихъ въ „знаніи“ своей неправоты, поспѣшатъ до процесса пріятно освободиться отъ обогащенія, подлежащаго въ противномъ случаѣ выдачѣ противнику. Такое же экономически и этически зловредное искушеніе создаетъ и правило уложенія о вырубкѣ всего лѣса,

расточеніи минеральныхъ богатствъ имѣнія и т. п. опустошеніи самого капитала — вслѣдствіе того, что это правило распространяется и на *m. f. possessores, qui prospicere potuerunt*, т.-е. на тѣхъ добросовѣстныхъ въ смыслѣ уложенія владѣльцевъ, которые могутъ предвидѣть примѣненіе правила объ обогащеніи къ себѣ. Съ такихъ владѣльцевъ лучше уже ничего не взыскивать, чѣмъ поставить имъ на видъ только взысканіе обогащенія.

Наконецъ, еще одинъ существенный гражданско-политическій промахъ скрывается во второй части §-а 993-го, а именно въ ссылкѣ на § 101, т.-е. въ распространеніи правилъ пропорціональнаго дѣленія плодовъ при переходѣ пользованія на отношенія между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Мы уже указали выше, по поводу прусскаго права, что такое распространеніе является принципиальнымъ промахомъ съ точки зрѣнія гражданской политики распределенія. Здѣсь, не входя въ подробную критику самаго §-а 101-го и распространенія его правилъ на добросовѣстныхъ владѣльцевъ, мы укажемъ только слѣдующее:

§ 101 устанавливаетъ дѣленіе арендныхъ платъ, процентовъ и вообще „правильно возвращающихся прибылей“, кромѣ т.-н. естественныхъ плодовъ, между предыдущимъ и послѣдующимъ субъектомъ пользованія пропорціонально продолжительности ихъ права пользованія въ періодъ дѣленія. Это правило доставитъ владѣльцу иногда большую и съ гражданской политической точки зрѣнія весьма нераціональную прибыль насчетъ собственника; — на примѣръ, если владѣлецъ отдастъ имѣніе въ аренду за 12,000 ежегодной арендной платы и его добросовѣстность прекращается въ концѣ іюля, а арендная плата подлежитъ платежу 1-го сентября, то въ такомъ случаѣ примѣненіе 101-го §-а даетъ владѣльцу 11,000 прибыли.

Между прочимъ, и здѣсь неправильное рѣшеніе вопроса о добросовѣстности можетъ повести къ весьма болѣзненнымъ осложненіямъ и безъ того неудачныхъ правилъ. Для поясненія предположимъ такой случай: А. приобрѣлъ имѣніе *bona fide* 1-го августа, а уже 5-го или 6-го августа ему были сообщены такіе факты, которые породили въ немъ сомнѣніе въ его правѣ собственности и возбудили опасенія, что имѣніе можетъ быть, и даже вѣроятно будетъ отсуждено въ пользу

В. Такъ какъ появленіе сомнѣнія или грубо неосторожное игнорированіе фактовъ, указывающихъ на необходимость справокъ и разъясненія дѣйствительнаго положенія дѣла, по германскому уложенію, не признается достаточнымъ основаніемъ для наличности *mala fides superveniens*, то А. вполне резонно рассчитываетъ на примѣненіе къ нему правилъ о добросовѣстномъ владѣніи и вовсе не спѣшитъ приобрѣсть положительное „знаніе“, а устраиваетъ слѣд. весьма прибыльную спекуляцію насчетъ собственника: собравъ въ августѣ *fructus pendentes* и продавъ плоды, напр., за 15,000, онъ тотчасъ же отдаетъ имѣніе въ аренду и вслѣдствіе этой уловки приобрѣтаетъ въ случаѣ начала процесса, напр., 1-го августа слѣд. года еще право на полученіе $\frac{11}{12}$ арендной платы, напр., 11,000. Такимъ образомъ въ одинъ годъ онъ получитъ приблизительно два годовыхъ дохода имѣнія. Вообще правила 101-го §-а такъ устроены (вслѣдствіе дѣленія арендной платы и недѣленія естественныхъ плодовъ), что субъектъ пользова-нія, предвидящій прекращеніе права извлеченія доходовъ и умѣющій пользоваться неудачными законами для корыстныхъ цѣлей, спѣшитъ заключить арендный договоръ, чтобы распространить на себя дѣленіе доходовъ. Отъ воздѣйствія этого нравственнаго яда и экономически вреднаго искушенія, заключающагося въ неудачномъ 101-мъ §-ѣ, по крайней мѣрѣ владѣльцы были бы свободны, если бы новое нѣмецкое право вполне правильно рѣшило вопросъ о *bona fides*; ибо неимѣющій повода для сомнѣнія въ своемъ правѣ владѣлецъ не имѣетъ и повода, и мотива спекулировать на основаніи правила 101-го §-а.

Въ другихъ случаяхъ примѣненіе 101-го §-а къ нашему институту (въ случаѣ дѣйствительной *bona fides*, т.-е. *prospicere non posse* владѣльца) можетъ повести къ разоренію владѣльца или во всякомъ случаѣ къ вредному потрясенію его хозяйства вслѣдствіе непредвидѣнной необходимости возвратитъ собственнику извѣстную сумму потребленныхъ плодовъ. Для поясненія предположимъ, что А. во все время своего владѣнія остается дѣйствительно (а не только въ смыслѣ новаго германскаго уложенія) добросовѣстнымъ владѣльцемъ, что имѣніе перешло къ нему 1-го августа съ арендаторомъ, что онъ 1-го сентября получилъ отъ арендатора 12,000 и не продолжилъ аренднаго договора, а сталъ самъ хозяйничать

въ имѣніи. Въ случаѣ возбужденія спора со стороны собственника 1-го августа слѣдующаго или 5-го, 6-го etc. года его владѣнія онъ не приобретаетъ по § 101 никакихъ правъ на несобранные еще плоды (fr. naturales) и долженъ еще возвратить собственнику 11,000, т.-е. $\frac{11}{12}$ арендной платы, полученной имъ въ первомъ году его владѣнія и, мѣжетъ быть, давно издержанной.

Такимъ образомъ примѣненіе 101-го §-а къ добросовѣстнымъ владѣльцамъ не составляетъ для нихъ дѣйствительнаго благодѣянія, а, смотря по случайнымъ обстоятельствамъ, то обогащаетъ ихъ насчетъ собственника безъ всякой цивильно-политической ratio, то разоряетъ вопреки цивильно-политическому постулату „ne aedificia diruantur, ne cultura turbetur“. ¹⁾

¹⁾ Распространеніе дѣленія плодовъ на добросовѣстное владѣніе есть цивильно-политическая ошибка, перешедшая въ уложеніе изъ перваго проекта. Къ сожалѣнію, я въ „Fruchtvertheilung“ упустилъ изъ виду существованіе въ первомъ проектѣ положеній §-а 794-го, устанавливающихъ правила дѣленія плодовъ и распространяющихъ ихъ на добросовѣстныхъ владѣльцевъ, такъ что въ нѣмецкомъ изданіи настоящаго изслѣдованія нѣтъ критики этихъ положеній проекта перваго чтенія. Тамъ только находится критика правилъ дѣленія доходовъ французскаго, итальянскаго и прусскаго права и положительныя цивильно-политическія предложенія относительно дѣленія всѣхъ періодическихъ доходовъ при переходѣ права пользованія. Эти положительныя предложенія оказали лишь въ томъ отношеніи вліяніе на новое уложеніе, что здѣсь въ § 101 вмѣсто дѣленія только наемныхъ и арендныхъ платъ, процентовъ и дивидендовъ (см. § 794 перваго проекта) установлено дѣленіе вообще всѣхъ періодическихъ доходовъ (см. § 101 новаго уложенія: oder anderen regelmässig wiederkehrenden Erträgen), кромѣ т.-н. естественныхъ плодовъ. Въ этомъ отношеніи аргументація „Fruchtvertheilung“ повела случайно не къ улучшенію, а къ ухудшенію проекта, поскольку дѣло касается и добросовѣстнаго владѣнія. Ибо въ этомъ случаѣ, чѣмъ шире примѣненіе дѣленія, тѣмъ хуже.

Что же касается случаевъ перехода права пользованія, то распространеніе дѣленія на „прочіе правильно возвращающіеся доходы“ мы, конечно, считаемъ прогрессомъ. Но вполне удачнаго рѣшенія этого вопроса можно было бы достигнуть лишь путемъ распространенія дѣленія и на продукты добывающей промышленности (fructus naturales). Если же коммиссія убоилась связанныхъ съ этимъ практическихъ затрудненій и осложненій (которыя въ извѣстной степени дѣйствительно неизбѣжны) и не нашла возможнымъ въ этомъ отношеніи послѣдовать предложеніямъ „Fruchtvertheilung“, то она должна была изъ числа подлежащихъ дѣленію періодическихъ доходовъ исключить одинъ видъ ихъ, а именно эквивалентъ за предоставленіе извлеченія естественныхъ плодовъ.

Что нельзя одновременно оставить безъ дѣленія естественные плоды

Summa summarum учение новаго германскаго уложенія о приобрѣтеніи плодовъ представляетъ довольно богатую коллекцію цивильно-политическихъ ошибокъ. Положимъ, эти ошибки, представляя съ точки зрѣнія теоріи цивильной политики доказательство и продуктъ весьма крупныхъ погрѣшностей противъ такихъ истинъ (напр., что нельзя возложить ответственности за чужое имущество въ размѣрѣ сохранившагося обогащенія на субъектовъ, могущихъ предвидѣть при-

имѣнія и предписать дѣленіе арендной платы за нихъ, ибо такое регулированіе вопроса создаетъ мотивы для сомнительныхъ съ этической точки зрѣнія спекуляцій насчетъ противной стороны и ведетъ къ экономически вредному поведенію субъектовъ права пользования, было указано въ *Fruchtvertheilung* (въ примѣчаніи на стр. 233) въ видѣ критическаго замѣчанія по поводу *Code civil*, art. 585 и 586 (cf. art. 595, 1429), въ которыхъ заключается этотъ промахъ. Цивильно-политическая неудачность такой комбинаціи слишкомъ очевидна, чтобы составители втораго проекта могли сознательно упорствовать въ ея сохраненіи. Слѣдуетъ скорѣе предположить, что коммиссія просто не обратила вниманія на упомянутое указаніе. Причиною этого могло быть то обстоятельство, что члены коммиссіи вообще, конечно, не были въ состояніи перечитать всю ту громадную литературу, которая касалась проекта, и поневолѣ должны были въ значительной степени ограничиться чтеніемъ особо составленнаго и напечатаннаго для надобностей коммиссіи свода критическихъ замѣчаній по поводу проекта (къ сожалѣнію сводъ этотъ въ продажу не попалъ) и письменныхъ добавленій къ нему въ видѣ краткихъ извлеченій изъ сочиненій о проектѣ, появившихся послѣ заключенія „періода критики“. „*Fruchtvertheilung*“ появилась уже по окончаніи промежутка времени, назначеннаго для сообщенія критическихъ замѣчаній, и послѣ напечатанія упомянутаго свода, и изъ нея было сдѣлано для надобностей коммиссіи краткое письменное извлеченіе замѣчаній, касавшихся статей перваго проекта. Этимъ, вѣроятно, слѣдуетъ объяснить отчасти нѣсколько случайный и непоследовательный характеръ того вообще незначительнаго вліянія, которое оказало сочиненіе о „*Fruchtvertheilung*“ на регулированіе во второмъ проектѣ и теперешнемъ уложеніи соответственныхъ матерій. Замѣчанія, касавшіяся специально римскаго, французскаго, прусскаго права, хотя ихъ *mutatis mutandis* можно было примѣнить и къ проекту, не попали въ краткое извлеченіе, сообщавшее только то, что касалось непосредственно проекта.

Впрочемъ, что касается вопроса о распространеніи пропорціональнаго дѣленія плодовъ на *b. f. p.*, то здѣсь наши цивильно-политическія возраженія и независимо отъ всякихъ мелкихъ случайностей едва ли могли бы надѣяться на законодательный успѣхъ.

Институтъ пропорціональнаго дѣленія плодовъ соответствуетъ германистической трудовой теоріи и древне-германской поговоркѣ: „*Wer säet, der mäht*“. Добросовѣстный владѣлецъ по германистической теоріи долженъ приобрѣтать плоды пропорціонально своей *cultura et cura*. Въ области тру-

мѣненіе къ себѣ такого правила; что принципъ ограниченія виндикаціи, „Hand wahre Hand“, лишень своего полезнаго цивильно-политическаго смысла въ области дарственныхъ сдѣлокъ или извлеченія плодовъ и т. п.), которыя при существованіи науки цивильной политики, конечно, принадлежали бы къ самымъ элементарнымъ и азбучнымъ положеніямъ этой науки, тѣмъ не менѣе въ окончательномъ результатѣ для народнаго хозяйства и этики разсмотрѣнныя выше правила новаго уложенія представляютъ *quantité negligible* и большихъ опустошеній здѣсь они не произведутъ. Есть отдѣлы въ новомъ германскомъ уложеніи, которые, не заключающія въ себѣ столь богатой коллекціи элементарныхъ цивильно-политическихъ промаховъ и менѣе шокируя съ точки зрѣнія теоріи цивильной политики, способны нанести народному хозяйству и народной этикѣ дѣйствительно весьма серьезный вредъ, которые своими законами, составленными на основаніи общихъ и неопредѣленныхъ указаній на требованія „справедливости“, „потребности гражданскаго оборота“, „практическаго потребности“, „правосознаніе народа“ и т. п. фразъ, замѣняющихъ пока дѣйствительное цивильно-политическое знаніе и пониманіе, или на основаніи мелкихъ и поверхностныхъ соображеній относительно достойнаго защиты интереса одной

довой теоріи приобрѣтенія плодовъ Gierke въ своей общей критикѣ перваго проекта обнаружилъ многократно такое воодушевленіе, какъ будто отъ принятія или непринятія трудовой теоріи приобрѣтенія плодовъ зависѣло благополучіе германскаго народа и честь германизма. Какъ въ правилахъ, соответствующихъ поговоркѣ „Hand wahre Hand“, по мнѣнію германистовъ, заключается великій принципъ „защиты честности и доброй вѣры“ (*Schutz der Redlichkeit*), такъ въ правилахъ, вытекающихъ изъ поговорки „Wer säet der mähet“, воплощена не менѣе великая идея признанія правъ труда. Вообще въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ какое-либо цивильно-политическое предложеніе входило въ дѣйствительную или кажущуюся коллизію съ какою-либо старинною національною поговоркою, не могло быть надежды на успѣхъ. Впрочемъ, наивная и воодушевленная фразеология германистовъ, въ частности замѣчательная преданность стариннымъ правовымъ поговоркамъ со стороны Гирке и его яростныя нападки на романизмъ въ защиту этихъ драгоценныхъ ископаемыхъ—производить болѣе отрадное впечатлѣніе, нежели тѣ пошлыя и мелкія соображенія процессуальной практичности права („*Praktikabilität des Rechtes*“, Ihering) и охраненія разныхъ мелкихъ „интересовъ“ одной изъ гражданскихъ сторонъ, которыя являлись преобладающимъ элементомъ законодательной мудрости романистовъ.

изъ сторонъ, относительно удобствъ примѣненія закона на „практикѣ“ (т.-е. въ процессахъ) и т. п.,—способны, напр., значительно обострить разрушительное дѣйствіе экономическихъ кризисовъ, способствовать искусственно и безъ того слишкомъ быстро подвигающемуся упадку ремесленной промышленности, подорвать солидность и честность мѣнового оборота etc. ¹⁾.

Тѣмъ не менѣе положенія германскаго кодекса о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды представляютъ особенно яркій аргументъ въ пользу необходимости созданія науки гражданской политики.

Въ исторіи выработки этихъ правилъ и въ нихъ самихъ обнаружилось съ особенной ясностью, сколь случайный и хаотическій характеръ пріобрѣтаетъ выработка гражданскихъ законовъ влѣдствіе отсутствія науки, которая бы являлась прочнымъ фундаментомъ и руководствомъ для этого рода государственной дѣятельности.

Въ существѣ дѣла вся послѣ-римская эпоха развитія нашего института въ отличіе отъ римской носить случайный и хаотическій характеръ.

Правила, заключающіяся въ *Corpus iuris*, какъ мы пытались доказать выше, являются не случайнымъ продуктомъ какого-либо индивидуальнаго ума и индивидуальнаго произвола, а кристаллизацией массъ общественныхъ фактовъ, продуктомъ обширной эмпирики и воздѣйствія большой массы участниковъ въ развитіи. Выше мы видѣли, что и самый рѣшительный защитникъ теоріи

¹⁾ L. v. E. *passim* и въ особенности томъ II, стр. 514 и сл. Ср. по поводу нашей критики §§-овъ второго проекта объ отступленіи отъ договора Dernburg (въ четвертомъ изданіи 1894 г.) II § 41 пр. 13, который вполне присоединяется къ порицанію и признаетъ, что въ критикуемыхъ §§-ахъ второго проекта заключаются роковыя положенія для германскихъ ремесель, германскаго искусства и труда („hierin liegen verhängnisvolle Sätze für das deutsche Handwerk, die deutsche Kunst und Arbeit“) и что эти положенія ведутъ къ безнравственной эксплуатаціи исполняющихъ заказовъ („Welche Gelegenheit zur Ausbeutung des Werkmeisters, der das Arbeitsprodukt nach dem Rücktritt des Bestellers oft um jeden Preis hergeben muss“). Здѣсь согласенъ даже Gierke, *Das Bürgerl. Gesetzbuch u. d. Deutsche Reichstag*, стр. 43 и 44, несмотря на то, что соотвѣтственные законы были введены въ угоду „живущаго въ (германскомъ) народѣ правосознанія, которому римскій принципъ о недопустимости для вѣрителя отступленія отъ договора въ случаѣ неисправности должника всегда былъ чуждымъ“ (Протоколъ засѣданія комиссіи для второго чтенія §-а 247 перваго проекта).

Чиляржа и его предшественниковъ, самый авторитетный противникъ нашей полемики противъ этой теоріи— Пернисъ, не счелъ возможнымъ поддерживать ее въ томъ отношеніи, что она приписываетъ окончательное содержаніе института императорскому произволу. И Пернисъ *implicite* соглашается, что развитіе нашего института всецѣло надо приписать судебной практикѣ и юриспруденціи, такъ что разногласіе сводится лишь къ хронологическому вопросу — о времени окончательной выработки нашего института въ той формѣ, въ какой онъ вошелъ въ *Cogrus iuris*. Если даже согласиться съ мнѣніемъ Перниса, то и въ такомъ случаѣ можно утверждать, что нашъ институтъ не случайное и произвольное измышленіе какой-либо отдѣльной личности, а плодъ массовыхъ явленій; массовыя же явленія по самому существу своему ведутъ къ нейтрализаціи случайнаго и произвольнаго.

Вторую стадію въ исторіи института составила рецепція римскаго права. Эту рецепцію мы считаемъ не произвольнымъ и случайнымъ явленіемъ, а тоже продуктомъ массоваго воздѣйствія и естественнымъ воплощеніемъ массовыхъ культурныхъ потребностей. Но это воззрѣніе наше относится только къ рецепціи римскаго права, какъ такового, т.-е. какъ цѣлаго громаднаго комплекса нормъ. Что же касается отдѣльных институтовъ и положеній римскаго права, то они могли быть реципированы и фактически были реципированы и въ тѣхъ многочисленныхъ случаяхъ, когда они были не приспособлены къ новой культурной почвѣ, на которую ихъ пересадила общая рецепція римскаго права *in complexu*. Поэтому *a priori* по отношенію къ отдѣльнымъ институтамъ римскаго права, перенесеннымъ на германскую почву, можетъ существовать подозрѣніе и сомнѣніе, не представляютъ ли они на почвѣ чужой культуры соціально-патологическое явленіе, не было ли занесеніе ихъ на эту почву вмѣстѣ съ *complexus iuris romanum* недоразумѣніемъ и вредною историческою случайностью.

Для устранения такого сомнѣнія необходимо цивильно-политическое изслѣдованіе каждаго института, т.-е. изслѣдованіе его воздѣйствія на народное матеріальное (экономическое) и нематеріальное (этическое) благосостояніе и развитіе. Цивильно-политическое воздѣйствіе института есть функція двухъ величинъ, самого воздѣйствующаго фактора, т.-е. изслѣдуемаго института, и того объекта, на который онъ оказываетъ свое дѣй-

ствіе, т.-е. данной культурной почвы. Въ случаѣ существеннаго для даннаго института измѣненія второй величины онъ можетъ оказаться неспособнымъ вызывать ту благопріятную реакцію, которую онъ вызывалъ, напр., на римской почвѣ, или даже способнымъ вести къ общественно-патологической реакціи, такъ что его слѣдуетъ вообще устранить или измѣнить въ направленіи приспособленія къ новой культурной почвѣ. Поэтому для сознательнаго цивильно-политическаго отношенія къ реципированнымъ институтамъ римскаго гражданскаго права требуется сравнительная оцѣнка ихъ воздѣйствія и сравненіе той культурной почвы, къ которой они были приспособлены, съ новою почвою ихъ дѣйствія.

Институтъ приобрѣтенія плодовъ, какъ и другіе институты римскаго права, научному и методическому изслѣдованію въ этомъ смыслѣ въ теченіе тѣхъ многихъ столѣтій, которыя прошли отъ кодификаціи Юстиніана до составленія проекта новѣйшаго (германскаго) уложенія, подвергнутъ не былъ.

Держался онъ и переходилъ въ разныя новыя кодификаціи силою авторитета римскаго права *in complexu*, т.-е. силою по отношенію къ отдѣльнымъ институтамъ случайною и подозрительною. Регулированіе его въ отдѣльныхъ новыхъ кодексахъ зависѣло, во-первыхъ, отъ того, какія теоріи толкованія фрагментовъ римскихъ юристовъ преобладали въ данное время, какъ это замѣчается и въ исторіи громаднаго большинства другихъ гражданско-правовыхъ институтовъ. Сколь благопріятная почва для самыхъ мелкихъ и странныхъ случайностей! Одно неосторожное словечко или темное выраженіе въ фрагментѣ какого-либо древняго Гаія или Юліана ведетъ къ законодательнымъ промахамъ по истеченіи многихъ столѣтій. Болѣе ограниченную роль въ другихъ областяхъ, но довольно значительную въ нашей области играли соображенія новыхъ законодателей собственнаго производства. Производство этихъ соображеній отличается довольно примитивнымъ и ненаучнымъ характеромъ. вмѣсто оцѣнки института и входящихъ въ него понятій (напр., *bona fides*) и положеній (напр., *o restitutio fr. extantes*, *o lucrum fr. consumptorum*) съ точки зрѣнія народнаго экономическаго и этическаго блага, вмѣсто преобразованія институтовъ въ силу хозяйственно-политическихъ соображеній etc. мы имѣемъ дѣло съ общими и неопредѣленными соображеніями справедливости, съ мелкими

процессуально-практическими соображеніями, съ частно-хозяйственными сужденіями объ интересѣ одной изъ гражданскихъ сторонъ etc. Являлось ли измѣненіе римскаго права подѣ влияніемъ такихъ соображеній ухудшеніемъ или улучшеніемъ, зависѣло отъ случая, а именно отъ того, совпадали ли случайно законодательные продукты этихъ поверхностныхъ и до цивилильно-политической глубины никогда не доходившихъ соображеній съ тѣмъ, что рационально и съ точки зрѣнія гражданской политики. Въ нашемъ случаѣ, какъ мы убѣдились выше, всѣ продукты такой доморощенной и на методическомъ и научномъ изслѣдованіи не основанной гражданской политики представляли законодательныя ухудшенія. Введенныя однимъ кодексомъ ухудшенія уже съ большою легкостью переходили въ новыя компиляціи, составляемыя на основаніи римскаго права и существующихъ уже компиляцій, такъ что регрессъ подвигался съ ускоряющеюся быстротою и положенія перваго проекта новѣйшаго уложенія представляли уже въ очень значительной степени карикатуру того, чѣмъ былъ институтъ приобрѣтенія плодовъ по римскому праву и чѣмъ онъ долженъ быть съ точки зрѣнія гражданской политики.

Еще болѣе случайный характеръ получила дальнѣйшая исторія выработки правилъ нашего института въ германскомъ уложеніи. Леонардъ, который, какъ мы видѣли выше, вполне присоединился къ нашимъ цивилильно-политическимъ предложеніямъ и желалъ осуществленія ихъ въ будущемъ уложеніи, тѣмъ не менѣе выразилъ сомнѣніе въ возможности этого успѣха. Причина этого сомнѣнія заключалась въ томъ случайномъ обстоятельстве, что *Fruchtvertheilung* по отношенію къ законодательнымъ работамъ, по мнѣнію Леонарда, слишкомъ запоздала, что она появилась лишь „въ двѣнадцатомъ часу“ работъ комиссіи (I. c. стр. 285); на самомъ дѣлѣ главную роль съиграли другія, но тоже мелкія случайности. Краткое, едва ли даже съ субъективной точки зрѣнія серьезно обдуманное и взвѣшенное замѣчаніе Эндемана о принципѣ *en fait des meubles...* не только помѣшало возстановленію *restitutio fr. ext.*, но и послужило причиною новыхъ искаженій института и новаго законодательнаго хаоса. Въ свою очередь это недоразумѣніе едва ли бы получило такое значеніе, если бы случайно не запоздали отзывы о *restitutio fr. ext.* столь авторитетныхъ юристовъ, какъ Дернбургъ и Леонардъ.

Такия явленія, странныя и поразительныя въ столь серьезномъ дѣлѣ, какъ гражданское законодательство, значеніе такихъ мелкихъ случайностей въ столь крупномъ дѣлѣ, въ извѣстной степени типичны и естественны при теперешнемъ ходѣ развитія гражданского права.

„Заказъ“ новаго гражданского уложенія, застигая юриспруденцію врасплохъ и вызывая для нея необходимость обсудить и рѣшить многія тысячи такихъ вопросовъ, о которыхъ она прежде вовсе не думала, ведетъ естественно къ хаосу и суматохѣ, къ поспѣшнымъ и случайнымъ рѣшеніямъ, къ массѣ такихъ недоразумѣній, которыя подчасъ при возбужденіи вопроса на нѣсколько лѣтъ раньше не приобрѣли бы законодательнаго значенія.

Такъ впредь не должно быть.

Гражданское законодательство должно быть зрѣлымъ продуктомъ продолжительнаго, спокойнаго и серьезнаго дѣйствія коллективнаго ума—науки гражданской политики. Теперь не можетъ быть рѣчи о томъ способѣ развитія права, какой создалъ римское и другія права „массоваго эмпирическаго происхожденія“, т.-е. обычныя права. Теперь требуется сознательное мышленіе и болѣе или менѣ индивидуальное пониманіе и сознаніе со стороны законодателя. Коллективное, устраняющее случайныя индивидуальныя заблужденія, производство требуемыхъ здѣсь знаній, правильная школа гражданско-политическаго мышленія, разработка рациональнаго и научнаго метода этого мышленія и, наконецъ, появленіе достаточно образованныхъ и дѣльныхъ специалистовъ для выработки гражданскихъ законовъ—все это важныя и существенныя для экономическаго и этическаго прогресса блага, которыхъ можно ожидать лишь отъ развитія будущей науки гражданской политики и ея специальной вѣтви—гражданской политики.

§ 28. 4. РАСПРЕДѢЛЕНІЕ ДОХОДОВЪ МЕЖДУ СОБСТВЕННИКОМЪ И ДОБРОСОВѢСТНЫМЪ ВЛАДѢЛЬЦЕМЪ ПО 1-ОЙ ЧАСТИ
X-го тома Свода Законовъ.

На основаніи предыдущаго изложенія можно выразить пожеланіе, чтобы работающая теперь „Редакціонная коммиссія по составленію гражданского уложенія“ не послѣдовала при-

мѣру другихъ новыхъ кодексовъ, поскольку они опредѣляютъ права добросовѣстнаго владѣльца на плоды иначе, нежели римское право.

Въ частности въ будущемъ уложеніи мы надѣемся увидѣть правило о возвращеніи наличныхъ плодовъ, хотя прочія новыя гражданскія законодательства, въ томъ числѣ и то, которое теперь является воплощеніемъ „последняго слова науки“, при всемъ ихъ разногласіи въ рѣшеніи другихъ вопросовъ нашего института, проявляютъ полное согласіе въ осужденіи римскаго правила о *restitutio fructuum extantium*.

Эту надежду усиливаетъ еще тотъ фактъ, что по Своду Законовъ рѣшающимъ общимъ условіемъ для *lucrum* добросовѣстнаго владѣльца является не *separatio* или *perceptio*, а именно *consumptio fructuum*. *Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit*, т.-е. *lucrum fructuum consumptorum*—*restitutio fr. extantium*, а не тотъ принципъ, которому будто бы слѣдовало римское право до порчи его компиляторами и которому слѣдуютъ дружно новыя законодательства,—является тѣмъ общимъ правиломъ, къ которому сводятся казуистическія постановленія 1 ч. X т.

Это утвержденіе можетъ читателю *prima facie* показаться страннымъ и невѣроятнымъ, потому что наши цивилисты не замѣчаютъ признанія указаннаго принципа въ 1 ч. X т. и выставляютъ противоположное начало, а именно правило, по которому рѣшающимъ моментомъ для *lucrum* добросовѣстнаго владѣльца является *perceptio* (или *separatio*) *fructuum* до процесса или *mala fides superveniens*. Въ пользу этого говорить, повидимому, и общее положеніе статьи 626 1-ой ч. X т., *ex professo* посвященной нашему вопросу, а именно положеніе:

„Владѣвшій какимъ-либо имуществомъ, хотя и не принадлежащимъ ему, но однакожъ добросовѣстно, не зная о правѣ другого на оное, при возвращеніи сего имущества законному владѣльцу, не обязанъ возвращать ему доходовъ, съ онаго уже полученныхъ, или законно ему слѣдующихъ по день объявленія ему установленнымъ порядкомъ объ открытіи спора противъ его владѣнія, или же, если сіе будетъ доказано, до того времени, когда неправость его владѣнія сдѣлалась ему съ достовѣрностью извѣстна“.

Дальше та же статья къ предметамъ, не подлежащимъ

возвращенію, относитъ „собранные до вышеозначеннаго времени плоды“.

Но, несмотря на приведенныя положенія, *prima facie* подтверждающія господствующій взглядъ, болѣе внимательный анализъ и переработка по правиламъ юридической методологии постановленій 1 ч. X т. приводятъ къ совсѣмъ иному общему принципу.

Наша литература вообще посвящаетъ, какъ намъ кажется, весьма интереснымъ и характернымъ положеніямъ 1 ч. X т. о распредѣленіи доходовъ между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ слишкомъ мало мѣста и научнаго вниманія. Такъ, напр., у Мейера мы находимъ лишь случайныя краткія указанія на свободу добросовѣстнаго владѣльца отъ возмѣщенія извлеченной имъ изъ чужой вещи пользы (часть I § 22, стр. 130 въ 7-омъ изд. Гольмстена) и на обязанность его возвращать доходы съ момента извѣщенія о предъявленномъ собственникомъ искѣ (I § 39^a, стр. 228).

У Побѣдоносцева (первая часть § 21, въ изд. 1896 г. стр. 159) мы не находимъ теоретическаго обсужденія и сведенія къ принципамъ положеній 1 ч. X т., а лишь сокращенную передачу содержанія позитивныхъ постановленій преимущественно словами закона.

Шершеневичъ (§ 16 въ концѣ) указываетъ, что добросовѣстный владѣлецъ не обязанъ возвращать доходовъ, собранныхъ имъ или законно ему слѣдующихъ по день объявленія ему установленнымъ порядкомъ объ открытіи спора противъ его владѣнія, или же, если это будетъ доказано, до того времени, когда неправость его владѣнія сдѣлалась ему съ достовѣрностью извѣстна. Напротивъ, плоды до этого момента еще не собранные, напр., хлѣбъ на корню, ему не принадлежать¹⁾. „Однако собственникъ имѣетъ право вытребовать приплодъ животныхъ, если со времени овладѣнія послѣдними не прошло болѣе года“.

Что рѣшающимъ моментомъ для распредѣленія плодовъ

¹⁾ „Поэтому запасы зерна, сѣна остаются за владѣльцемъ недвижимости, но хлѣбъ на корню, какъ плодъ еще не собранный, ему не принадлежитъ (кас. рѣш. 1871, № 150)“. Изъ этихъ словъ, повидимому, слѣдуетъ, что авторъ „собраннымъ“ плодамъ противопоставляетъ *fructus stantes, nondum separati*, такъ что рѣшающимъ моментомъ онъ считаетъ *separatio*, а не *perceptio* въ тѣсномъ смыслѣ.

между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ по 1 ч. X т. является не *receptio* или *separatio fructuum*, видно уже изъ ст. 626. Въ полномъ видѣ статья эта гласитъ:

„Владѣвшій какимъ-либо имуществомъ, хотя и не принадлежащимъ ему, но однакожъ добросовѣстно, не зная о правѣ другаго на оное, при возвращеніи сего имущества законному владѣльцу, не обязанъ возвращать доходовъ, съ онаго уже полученныхъ, или законно ему слѣдующихъ по день объявленія ему установленнымъ порядкомъ объ открытіи спора противъ его владѣнія, или же, если сіе будетъ доказано, до того времени, когда неправость его владѣнія сдѣлалась ему съ достовѣрностью извѣстна. Таими доходами признаются: поступившіе уже до вышеозначеннаго времени или слѣдующіе за оное съ имѣнія оброкъ и другіе сборы, а равно и собранные также до вышеозначеннаго времени плоды и убранные съ полей и луговъ хлѣбъ, сѣно и проч. и проданные уже или переведенные въ другое имѣніе приплоды отъ животныхъ, шерсть, снятая съ овецъ, молоко, масло, и т. п. матеріалы, выдѣланные въ заведеніи сельскаго хозяйства и промышленности, добытые и обработанные металлы и минералы, а равно и деньги за отдававшуюся въ наемъ землю, хотя бы она и не были еще получены, ежели только слѣдуютъ по закону къ полученію за истекшее уже время“.

Здѣсь для различныхъ категорій плодовъ устанавливаются различныя правила:

1. Говоря о минеральныхъ продуктахъ, о продуктахъ горной промышленности, законъ признаетъ *lucrum* добросовѣстнаго владѣльца не съ момента *separatio* или *receptio*, а лишь съ момента обработки этихъ продуктовъ добывающей промышленностью (добытые и обработанные металлы и минералы). Что слово „обработанные“ не случайный *lapsus linguae*, а имѣетъ серьезное значеніе, видно еще изъ статьи 630 („для извлеченія изъ земли тѣхъ золотосодержащихъ песковъ, камней и другихъ минераловъ и т. п., которые, будучи еще не очищены или не обработаны, на основаніи ст. 626 не должны быть за нимъ оставлены...“).

2. Говоря о продуктахъ скотоводства, законъ признаетъ *lucrum* добросовѣстнаго владѣльца съ момента такого распоряженія ими со стороны владѣльца, вслѣдствіе котораго они перестаютъ находиться въ имѣніи на лицо (проданные уже

или переведенные въ другое имѣніе приплодь отъ животныхъ, шерсть, снятая съ овецъ, молоко, масло...).

То же правило слѣдуетъ, повидимому, отнести и къ продуктамъ лѣсного хозяйства. О лѣсѣ говорятъ сходными выраженіями статья 615 по поводу недобросовѣстнаго и ст. 634 по поводу добросовѣстнаго владѣнія. Статья 615 опредѣляетъ просто и абсолютно:

„За лѣсъ, употребленный для передачи, подарка или продажи, а не для надобностей имѣнія, владѣлецъ недобросовѣстный обязанъ также (какъ и въ случаѣ залога имѣнія) заплатить хозяину при возвращеніи имущества“.

Напротивъ, статья 634, относящаяся къ добросовѣстному владѣльцу, различаетъ, произведено ли владѣльцемъ „отдѣленіе отъ имѣнія для передачи, подарка или продажи“ такихъ предметовъ, которые относятся къ капиталу имѣнія, или же такихъ, которые составляютъ часть доходовъ съ имущества, и въ послѣднемъ случаѣ освобождаетъ добросовѣстнаго владѣльца отъ возмѣщенія. „На семь основаніи, говорится дальше, онъ долженъ заплатить за употребленный имъ для передачи, подарка или продажи, а не для надобностей имѣнія, лѣсъ по добровольному съ настоящимъ владѣльцемъ соглашенію, или же по надлежащей оцѣнкѣ“. Далѣе законъ вмѣняетъ суду въ обязанность опредѣлить, „какое именно количество изъ проданнаго добросовѣстнымъ владѣльцемъ лѣса должно быть признано собственно обыкновеннымъ съ имѣнія доходомъ“ и освободить въ этихъ предѣлахъ владѣльца отъ денежнаго возмѣщенія.

Въ обѣихъ статьяхъ законодатель не даетъ особыхъ опредѣленій относительно тѣхъ срубленныхъ деревьевъ, которые еще не „отдѣлены отъ имѣнія для передачи, подарка или продажи“. Различіе между правами добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца на срубленные деревья, которое здѣсь предусматриваетъ законодатель, состоитъ не въ томъ, чтобы добросовѣстный владѣлецъ могъ при передачѣ имѣнія вывезти изъ него наличныя дрова или иныя срубленные деревья, а въ томъ, что добросовѣстный владѣлецъ не возмѣщаетъ цѣнности тѣхъ *fructus silvae*, которыхъ нѣтъ на лицо въ имѣніи. Какъ находящійся еще въ имѣніи приплодь животныхъ (по статьямъ 620 п. 3 и 626) и т. п. оба владѣльца при передачѣ имѣнія собственнику оставляютъ послѣднему для

дальнѣйшей утилизациі, такъ что статья 626 имѣетъ въ виду лишь освободить владѣльца отъ возмѣщенія за „проданные уже или переведенные въ другое имѣніе приплодъ отъ животныхъ, шерсть“ etc., такъ и наличныя деревья или дрова законъ молчаливо въ обоихъ случаяхъ приписываетъ собственнику и имѣетъ въ виду лишь освободить владѣльца отъ возмѣщенія цѣнности вывезеннаго уже изъ имѣнія лѣса. Впрочемъ, и при отсутствіи постановленія ст. 626 о проданномъ уже приплодѣ животныхъ непредубѣжденное толкованіе статьи 634 не могло бы дать иного результата, нежели тотъ, къ которому мы выше пришли. Если бы воля закона состояла въ распредѣленіи *fructus silvae* между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ по моменту *separatio* или *perceptio*, то постановленія статьи 634 объ обязанностяхъ владѣльца и содержаніи *officium iudicis* были бы, такъ сказать, увѣчными, хромыми. Рѣшеніе суда, состоявшееся по ст. 634, оказалось бы неудовлетворительнымъ, если бы владѣлецъ могъ послѣ произведеннаго по этой статьѣ денежнаго расчета продавать и вывозить сломанныя бурею или срубленныя топоромъ деревья.

3. Самымъ благоприятнымъ для господствующаго имѣнія является то постановленіе 626 ст., которое относится къ продуктамъ земледѣлія въ тѣсномъ смыслѣ (и садоводства). Владѣльцу предоставляются „собранные до вышеозначеннаго времени плоды и убранныя съ полей и луговъ хлѣбъ, сѣно и проч.“. Но и здѣсь нельзя не отмѣтить того обстоятельства, что даже на основаніи этого рѣшенія нельзя было бы признать рѣшающимъ моментомъ для распредѣленія плодовъ между владѣльцемъ и собственникомъ моментъ *separatio*, такъ что собственнику доставались бы только *fructus stantes*, хлѣбъ на корню, нескошенная еще трава и т. п. Мало того, такимъ моментомъ нельзя признать и *perceptio fructuum*. Собранными плодами, *fructus percepti*, въ научно-юридическомъ, техническомъ смыслѣ называются, какъ извѣстно, тѣ плоды, на которые владѣлецъ, узюфруктуарь, арендаторъ или т. п. приобрѣлъ владѣніе. Для этого вовсе не требуется „уборки съ полей и луговъ хлѣба, сѣна и проч.“ Трава или рожь въ покосахъ, а тѣмъ болѣе въ копнахъ, есть *fructus percepti (suppositis supponendis)*, но онѣ еще не „убраны съ полей и луговъ“ и по статьѣ 626 не могутъ быть вывезены владѣльцемъ, а должны быть возвращены вмѣстѣ съ имѣніемъ соб-

ственнику. По ст. 626 недостаточно *perceptio* и тѣмъ болѣе *separatio*, а требуется, выражаясь языкомъ римскихъ юристовъ, *coactio*, *perfecta collectio*¹⁾, требуется уборка плодовъ съ мѣста первоначальнаго нахожденія (стало быть, и съ мѣста *separatio* и *perceptio*), какъ дальнѣйшій актъ хозяйственнаго усвоенія.

4. Что касается т. н. гражданскихъ плодовъ, то ст. 626 устанавливаетъ такія же условія *lucrum*, какъ и римское право и слѣдующія ему новыя гражд. уложенія.

5. Важное и весьма замѣчательное дополненіе къ этимъ правиламъ содержится въ ст. 637:

„При возвращеніи имѣнія онъ (добр. вл.) долженъ оставить въ ономъ такое количество хлѣба, сѣна и проч., которое на основаніи хозяйственныхъ книгъ, или, буде таковыхъ не ведется въ имѣніи, по соображенію съ другими какого-либо рода доказательствами, признано будетъ нужнымъ для посѣва, корма скота и на удобреніе полей; если же въ имѣніи состоятъ винокурные и другіе заводы или фабрики, то изъ наличныхъ запасовъ, по взаимному съ законнымъ владѣльцемъ соглашенію, необходимое количество для того, чтобы не прерывалось, по возможности, въ первое послѣ передачи имѣнія время, производство на тѣхъ заведеніяхъ работъ. Слѣдующая за сіе по оцѣнкѣ сумма вычитается изъ суммы доходовъ, которые онъ обязанъ возвратить законному владѣльцу“.

Таковы казуистическія правила закона о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на различныя категоріи плодовъ.

Попытаемся подвергнуть эту казуистику научной объясняющей и обобщающей спецификаціи, т.-е. свести отдѣльныя, *prima facie* случайныя и разнообразныя, позитивныя постановленія на болѣе общія идеи, вдохнуть въ нихъ общую идейную жизнь.

А. Начинаемъ съ цивильно-политической „конструкціи“. Съ этой точки зрѣнія никоимъ образомъ нельзя видѣть въ казуистическихъ правилахъ ст. 626 случайныя, произвольныя и разношерстныя постановленія, лишеныя рациональнаго смысла въ отдѣльности и общей руководящей идеи въ совокупности. Напротивъ, въ обоихъ отношеніяхъ

¹⁾ Ср. l. 78 D. de r. v. 6,1, гдѣ Павелъ по поводу употребленнаго Лабеономъ и въ данномъ случаѣ не совсемъ точнаго и юридически неосторожнаго выраженія: „Si eius fundi... fructum non coëgisti“ предупреждаетъ, что *collectio* (*coactio*) *fructuum* нельзя смѣшивать съ *perceptio* („*perceptionem fructus accipere debemus, non si perfecti collecti*“—etc.).

они, уступая римскому праву, весьма выгодно отличаются от законовъ новыхъ кодексовъ, вводящихъ разныя исправленія и дополненія въ римскія начала. При этомъ общая идея, лежащая въ основаніи найденныхъ нами въ 1-ой ч. X т. положеній, заключается, какъ и въ римскомъ правѣ, въ принципъ правильного destinatара съ народно-хозяйственной точки зрѣнія (N. V. и здѣсь идетъ рѣчь не о сознательномъ общемъ принципѣ, не объ общей „цѣли“, имѣющейся въ виду законодателемъ):

а. Распредѣленіе добытыхъ минеральныхъ продуктовъ между собственникомъ и владѣльцемъ по ст. 626 (и 630) поставлено въ зависимость отъ обработки ихъ, между тѣмъ какъ по другимъ новымъ кодексамъ рѣшающимъ моментомъ является извлеченіе (отдѣленіе) ископаемыхъ изъ нѣдръ земли. Последнее весьма нераціонально съ цивильно-политической точки. По этимъ кодексамъ добросовѣстному владѣльцу при передачѣ участка собственнику предоставляется забрать съ собою необработанную еще руду, „золотосодержащій песокъ“, не превращенную еще въ сосуды или кирпичи глину и т. п. сырые матеріалы, еще неприспособленные ни для личнаго пользованія ими для какихъ-либо потребностей, ни для поступленія на рынокъ. Очевидно годнымъ органомъ народной экономіи для хозяйственнаго распоряженія минеральными продуктами въ такой примитивной стадіи ихъ экономической жизни является только тотъ, кто, получая участокъ, т.-е. вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣ приспособленія, необходимыя для обработки добытыхъ ископаемыхъ продуктовъ (заводъ, фабрику etc.), въ состояніи довести до конца начатое производство и надлежащимъ образомъ утилизировать извлеченныя изъ нѣдръ земли хоз. блага.

Напротивъ, послѣ переработки владѣлецъ дѣлается болѣе годнымъ destinatаромъ. По окончаніи обработки продукты готовы для личнаго употребленія или для поступленія на рынокъ. Если владѣлецъ сдѣлалъ изъ добытыхъ ископаемыхъ (напр., мрамора, желѣзной руды, глины) какіе-либо предметы для своего личнаго употребленія, то само собою разумѣется, что онъ же является и особенно или единственно годнымъ destinatаромъ для нихъ. Но и по отношенію къ прочимъ готовымъ продуктамъ принципъ ст. 626 нельзя назвать неправильнымъ. Часто эти продукты приспособлены къ потребностямъ

лицъ или учреждений, заключившихъ съ владѣльцемъ договоры относительно этихъ продуктовъ (заказы, поставки). Принципъ распредѣленія, принятый статьею 626, дѣлаетъ возможнымъ исполненіе этихъ договоровъ и доставленіе продуктовъ тѣмъ, по чьему заказу они сдѣланы, т.-е. опять годному дестина-тару (напр., заказчику кирпича, рельсовъ, чугунныхъ котловъ, глиняныхъ трубъ извѣстныхъ размѣровъ и формы и т. п.). Во всякомъ же случаѣ, т.-е. и въ случаѣ производства для неопредѣленныхъ потребителей совѣмъ иной, несравненно болѣе раціональный смыслъ имѣетъ предоставленіе ископаемыхъ владѣльцу по моменту обработки, нежели по моменту извлеченія изъ нѣдръ земли.

Между прочимъ, слѣдуетъ здѣсь отмѣтить, что положеніе ст. 626 по отношенію къ римскому праву не является чѣмъ то новымъ и несогласнымъ съ этимъ замѣчательнымъ правомъ. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь по римскому праву переработка уничтожаетъ прежнюю *species* и замѣняетъ ее новою *species*. Переработка есть частный случай *consumptio*. Сырые матеріалы послѣ переработки уже относятся не къ *res extantes*, а къ *res consumptae*. И по римскому праву кухонную посуду, сдѣланную добросовѣстнымъ владѣльцемъ изъ добытой имъ изъ чужой земли глины, нельзя причислить къ *fructus extantes*, т.-е. къ тѣмъ объектамъ, которые подлежатъ возвращенію собственнику.

в. Что положеніе, заключенное въ словахъ „проданные уже или переведенные въ другое имѣніе приплодъ отъ животныхъ, шерсть, снятая съ овецъ“ etc. мы должны при-вѣтствовать съ точки зрѣнія правильнаго экономическаго распредѣленія, объ этомъ послѣ всего изложеннаго выше излишне распространяться. И здѣсь мы констатируемъ согласіе съ римскимъ правиломъ о *restitutio fructuum extantium*. Въ отличіе отъ другихъ новыхъ законодательствъ и согласно съ римскимъ правомъ владѣлецъ по этому пункту статьи 626 возвращаетъ то, что *in natura* находится на лицо. Особенностью является только упоминаніе о „переведеніи въ другое имѣніе“, вставленное, вѣроятно, специально по адресу тѣхъ плодовъ, которые ходятъ, и которыхъ „водятъ“, т.-е. по адресу при-плода животныхъ. По римскому праву такая фактическая *absentia* не устраняетъ юридической *extantia* плодовъ. Съ точки зрѣнія гражданской политики этому мелкому и практи-

чески маловажному постановленію все-таки нельзя не приписать разумнаго смысла. *Resona non extantia* въ смыслѣ ст. 626, т.-е. переведенныя въ другое имѣніе животныя, нашли уже годнаго destinatара въ лицѣ „другаго имѣнія“. Переведены они потому, что они въ другомъ имѣніи полезны и нужны, а въ мѣстѣ ихъ рожденія, въ первомъ имѣніи, лишни. Здѣсь нельзя не вспомнить указаннаго нами выше на стр. 164 принципа римскаго права, закрывающаго глаза при отдѣленіи наслѣдства отъ собственнаго имущества владѣльца *hereditatis* на юридическую генеалогію и распредѣляющаго по экономической *utilitas*.

Съ точки зрѣнія распространительнаго толкованія законовъ въ смыслѣ распространенія казуистическихъ постановленій на *species facti*, гдѣ есть на лицо *eadem legis ratio*, нельзя не пожелать распространенія разсмотрѣннаго выше принципа обработки и на продукты, о продажѣ которыхъ говоритъ ст. 626. Въ самомъ дѣлѣ, а если эти продукты еще не проданы, но уже не существуютъ въ прежнемъ видѣ въ имѣніи, потому что владѣлецъ подвергъ ихъ переработкѣ, напр., если онъ изъ шерсти сдѣлалъ сукно или даже платье для себя? Несомнѣнно здѣсь имѣется полная аналогія и тождество *ratio legis* съ постановленіемъ о переработкѣ минеральныхъ продуктовъ. Такое толкованіе, несомнѣнно, и слѣдуетъ примѣнить. Въ существѣ дѣла оно соотвѣтствуетъ не только смыслу закона (*ratio legis*), но и его буквѣ. До сихъ поръ мы для удобства и ясности изложенія не обращали вниманія на своеобразный съ редакціонной точки зрѣнія переходъ въ ст. 626 отъ принципа удаленія продуктовъ изъ имѣнія къ принципу обработки: „проданные уже... приплодь... шерсть, снятая съ овецъ, молоко, масло, и т. п. матеріалы, выдѣланные въ заведеніи сельскаго хозяйства и промышленности, добытые и обработанные металлы и минералы...“ Редакція не отличается искусностью, но по смыслу и буквѣ этого изреченія очевидна тенденція редакціи распространить (пользуясь „масломъ“ вмѣсто логическаго „клея“) принципъ промышленной выдѣлки, обработки, т. е., на двѣ стороны, на то, что упоминается ниже (металлы и минералы) и на то, о чемъ шла рѣчь непосредственно выше (продукты скотоводства).

Такимъ образомъ мы заключаемъ, что и для продуктовъ скотоводства не требуется непременно отчужденія, что и

они, какъ и металлы и минералы, въ случаѣ переработки, напр., выдѣлки матеріи или платя изъ шерсти, масла изъ молока, дѣлаются *lucrum* добросовѣстнаго владѣльца уже вслѣдствіе переработки, т.-е. что отчужденіе есть не *in specie* *lucrī*, а лишь субсидіарное, дополняющее условіе невозвращенія въ случаѣ отсутствія переработки.

Съ другой стороны, едва ли съ точки зрѣнія юридической герменевтики можно спорить и противъ отнесенія принципа отчужденія и къ металламъ и минераламъ. Это распространительное толкованіе большого практическаго значенія не имѣетъ, потому что глина, металлическая руда и т. п. необработанныя ископаемыя въ продажу въ первобытномъ видѣ обыкновенно не поступаютъ. Но принципиально это толкованіе слѣдуетъ признать правильнымъ не только по аналогіи, но и по правилу *in majori minus* или *a fortiori*.

с. Менѣе всего соотвѣтствуетъ принципу правильнаго дестинатара положеніе, выраженное въ словахъ: „собранные также до вышеозначеннаго времени плоды и убранные съ полей и луговъ хлѣбъ, сѣно и проч.“. Но и это постановленіе мы считаемъ болѣе удачнымъ съ точки зрѣнія распредѣленія, нежели соотвѣтственное положеніе другихъ кодексовъ, по которымъ достаточно *separatio fructuum* для предоставленія ихъ добросовѣстному владѣльцу. Такъ какъ съ гражданско-политической точки зрѣнія неумѣстно предоставлять *fructus extantes* добросовѣстному владѣльцу, то мы должны одобрить и это ограниченіе *lucrum fr. ext.* По ст. 626 наличные продукты хлѣбопашества, поскольку не кончена ихъ уборка съ полей, остаются въ пользу собственника, хотя бы въ моментъ *m. f. superveniens* они уже были *fructus separati* или даже *percepti*.

Далѣе, если *m. f. superveniens* состоитъ въ томъ, что владѣльцу были представлены достаточныя доказательства права собственности другого лица, то дѣйствительно добросовѣстный и честный *b. f. possessor* по возможности тотчасъ же и удовлетворитъ требованіе дѣйствительнаго управомоченнаго, т.-е. передастъ имѣніе дѣйствительному собственнику, который и будетъ продолжать хозяйство, между прочимъ и уборку хлѣба, какъ это соотвѣтствуетъ статьѣ 626. Онъ только и можетъ послѣ сдачи имѣнія довести это дѣло экономно и съ успѣхомъ до конца, ибо въ его распоряженіи

находятся всё необходимы для уборки и чистки плодов постройки, молотилки и прочий инвентарь. По другим же кодексам получается съ экономической точки зрѣнія странный и болѣзненный результатъ, а именно, что въ имѣніи окажутся два хозяина, изъ которыхъ одинъ имѣетъ въ распоряженіи орудія производства, т.-е. въ данномъ случаѣ средства для уборки, но отстраняется отъ производства (уборки), другой же лишень орудій производства, но по закону занимается уборкою хлѣба съ чужого имѣнія. Это создаетъ и почву для отрицательныхъ явленій съ этической точки зрѣнія. Ужъ лучше владѣльцу въ такомъ случаѣ затянуть подъ какимъ-либо предлогомъ возвращеніе имѣнія до окончанія уборки, хотя бы право другой стороны на владѣніе было очевидно и хотя бы при дѣйствіи раціональныхъ законовъ для обѣихъ сторонъ и общаго блага полезнѣе всего было бы тотчасъ ликвидировать отношеніе.

Положеніе ст. 626 объ уборкѣ такимъ образомъ само по себѣ въ извѣстной степени ближе къ дѣйствительно раціональному рѣшенію вопроса и вмѣстѣ съ тѣмъ ближе къ принципу римскаго права, нежели постановленія другихъ новыхъ кодексовъ, совсѣмъ не выдерживающія цивильно-политической критики.

Но это положеніе сверхъ того дополняется, какъ мы видѣли выше, статьею 637, по которой владѣлецъ „при возвращеніи имѣнія долженъ оставить въ ономъ такое количество хлѣба, сѣна и проч.“, которое составляетъ необходимый натуральный оборотный капиталъ имѣнія до слѣдующихъ сборовъ. Здѣсь принципъ правильнаго destinatара воплощенъ въ особенно простой и столь же ясной для всякаго, какъ въ институтѣ *tignum iunctum*, формѣ ¹⁾.

¹⁾ Къ сожалѣнію, прекрасная идея ст. 637 въ нѣкоторыхъ направленіяхъ искажена неудачными частными положеніями. Такъ, здѣсь говорится о запасахъ, необходимыхъ „для посѣва, корма скота и на удобрение полей“, но не говорится о „кормѣ“ людей, отопленіи ихъ жилищъ (солома въ южныхъ безлѣсныхъ губ.) etc. Особенно для мелкихъ хозяйствъ, напр., въ крестьянскомъ быту, весьма важно не забыть и нужды самого хозяина, его семьи и помощниковъ. Между прочимъ, если бы законъ, упоминая о „кормѣ скота“, не забылъ и людей, то для такихъ мелкихъ хозяйствъ, которыя не въ состояніи производить хлѣбъ для сбыта, положеніе ст. 637 обнимало бы въ сущности всё *fructus extantes*.

Далѣе, сама ст. 637 особенностями своей редакціи ясно обнаруживаетъ

d. Принцип годнаго дестинатара осуществленъ, наконецъ, исполнѣнъ правильно въ области гражданскихъ плодовъ.

В. Юридическая конструкція. Задача наша здѣсь состоитъ въ установленіи такой юридической общей формулы, (*regula iuris*), которая бы возможно кратко и полно обнимала и точно выражала содержаніе частныхъ позитивныхъ постановленій закона (и тѣхъ дополнительныхъ соподчиненныхъ положеній, которыя присоединяются путемъ юр. герменевтики, въ частности толкованія по аналогіи, по принципу *in majore minus etc.*).

Весьма удобно и краткою формулою является обычно приписываемое 1-й ч. X т. положеніе, будто въ пользу владѣльца остаются извлеченные до процесса или *m. f. superveniens* плоды, въ пользу собственника — плоды до этого времени еще не собранные, а остающіеся на корню. Но мы уже ясно убѣдились, что эта *regula iuris*, соответствуя принципу, принятому новыми законодательствами, и ошибочно приписываемая также римскому классическому праву, на самомъ дѣлѣ извлечена вовсе не изъ того *ius*, не изъ тѣхъ позитивныхъ нормъ права, которыя дѣйствительно содержатся въ 1 ч. X т.

Что же касается этихъ позитивныхъ нормъ права, то ихъ къ единому кратко сформулированному юр. принципу свести невозможно. Тѣмъ не менѣе мы, конечно, должны постараться достигнуть возможно большей степени обобщенія и объединенія, требуемыхъ и допускаемыхъ правилами и постулатами юридической науки и приемовъ ея мышленія.

Мы уже въ началѣ изложенія напередъ выразили мнѣніе, что „*lucrum fructuum consumptorum*“ (а не *perceptorum*) является тѣмъ основнымъ принципомъ, на который можно свести казуистическія рѣшенія 1 ч. X т.; теперь проверимъ, какія отдѣльныя положенія можно обнять этимъ принципомъ и какія слѣдуетъ присоединить въ видѣ изъятія изъ общаго правила.

Понимая *consumptio* въ томъ общемъ смыслѣ, какой мы

то преимущество возвращенія всѣхъ *fructus extantes*, что тогда нѣтъ поводовъ для ссоръ и споровъ. Ст. 637 какъ бы сознательно ведетъ сторонъ въ судъ, между тѣмъ какъ по римскому праву все дѣло ликвидируется просто и мирно. Что конецъ ст. 637 не можетъ быть одобренъ, достаточно здѣсь только отмѣтить.

выше установили для римскаго права, мы нашею формулою обнимаемъ:

1. Правила ст. 626 о *fructus civiles*. Эти плоды къ *fr. extantes* (къ наличнымъ добытымъ продуктамъ *in natura*) не относятся.

2. Здѣсь для полноты изложенія слѣдуетъ добавить и то оставленное нами выше въ сторонѣ, впрочемъ, несомнѣнное (*a fortiori*) положеніе, по которому добросовѣстный владѣлецъ не возмѣщаетъ цѣнности личнаго пользованія вещью, напр., квартирою, которую онъ занималъ въ чужомъ, находившемся въ его владѣніи домѣ. Такая обязанность признана въ 1 ч. X т. (какъ и въ римскомъ правѣ) только для недобросовѣстнаго владѣльца (ст. 620: „тѣ денежныя суммы, которыя слѣдовали бы за помѣщенія, которыя занималъ недобросовѣстный владѣлецъ“). Статья 643 сопоставляетъ обязанности недобросовѣстныхъ и добросовѣстныхъ владѣльцевъ движимыхъ вещей и возлагаетъ лишь на первыхъ обязанность „заплатить за употребленіе оныхъ“.

3. Правила о продажѣ и вообще отчужденіи продуктовъ, какъ основаніи освобожденія отъ *restitutio: alienatio* есть видъ *consumptio*. Ст. 626 не упоминаетъ о безмездномъ отчужденіи („проданные уже... приплоды отъ животныхъ, шерсть, снятая съ овецъ...“), но что безмездно отчужденные *fructus* ни въ какомъ случаѣ не подлежатъ возмѣщенію, слѣдуетъ *a fortiori* изъ смысла статьи 626 и къ тому же подтверждается статьею 634 („что имъ отдѣлено отъ имѣнія для передачи, подарка или продажи, исключая лишь предметовъ, составляющихъ на основаніи статьи 620 часть доходовъ съ имущества“).

Ст. 626 сверхъ *alienatio* знаетъ еще „переводъ въ другое имѣніе“, какъ основаніе *lucrum* добросовѣстнаго владѣльца. Если мы эти слова отнесемъ исключительно къ приплоду животныхъ, то намъ здѣсь ничего не остается, какъ констатировать, что къ наличнымъ, подлежащимъ возвращенію продуктамъ законъ не относитъ и приплода животныхъ, не находящагося на лицо въ имѣніи. Если же соотвѣтственное выраженіе толковать въ смыслѣ общаго положенія (редакція закона двусмысленна), то тогда наша конструкція еще больше упрощается и обобщается. Только тогда слѣдуетъ подъ наличными плодами разумѣть лишь плоды, наличные *in natura* въ имѣніи, т.-е. понятію *fructus extantes* слѣдуетъ противо-

поставить не *fructus alienati*, а вообще *fructus absentes* въ смыслѣ не находящихся въ имѣніи *in natura* плодовъ.

4. „Обработка“ (ст. 626 и 630), „выдѣлка въ заведеніи сельскаго хозяйства и промышленности“ (ст. 626) есть, какъ мы указали выше (стр. 336), тоже видъ *consumptio*. Если мы вмѣсто *fructus consumpti* выберемъ понятіе *fructus absentes*, то переработанные продукты, конечно, подойдутъ и подъ эту категорію, потому что въ случаѣ переработки *pristina species non manet, extinguitur*, стало быть, *abest* (ср. l. 5 § 1 D. de r. v. 6,1 etc.).

5. Мы еще не упоминали выше о *fructus consumpti* въ тѣснѣйшемъ, буквальномъ смыслѣ. Сюда относятся плоды съѣденные, выпитые (напр., молоко), сожженные (напр., дрова), а также продукты, уничтоженные или испорченные (по случайнымъ причинамъ, напр., вслѣдствіе пожара или) по небрежности владѣльца (напр., позволившаго имъ сгнить). Что эти *fructus consumpti* или *absentes* остаются *lucrum* добросовѣстнаго владѣльца или не подлежатъ возмѣщенію, указываетъ ст. 634, говорящая о „случайномъ“ и „произвольномъ“ истребленіи и освобождающая владѣльца отъ возмѣщенія въ предѣлахъ понятія дохода, также какъ и въ случаѣ „отдѣленія отъ имѣнія для передачи, подарка или продажи“.

Напротивъ, въ области недобросовѣстнаго владѣнія законъ особо регулируетъ возмѣщеніе „денежныхъ суммъ“, слѣдующихъ за предметъ, „не оказавшіеся на лицо“, въ частности за тѣ, которые были „употреблены, проданы, или же переданы, или истреблены, или повреждены недобросовѣстнымъ владѣльцемъ“ (621, ср. 620).

Вообще при сопоставленіи статей 1 ч. X т. о недобросовѣстномъ и добросовѣстномъ владѣльцѣ не только путемъ юр. діалектики, но и *prima facie* получается тотъ выводъ, что центръ тяжести различнаго отношенія закона къ этимъ субъектамъ состоитъ въ возложеніи на недобросовѣстнаго владѣльца платежа разныхъ денежныхъ суммъ, разныхъ *fr. consumpti*, разныхъ возмѣщеній и „вознагражденій“, между тѣмъ какъ добросовѣстный владѣлецъ въ области доходовъ ничего не уплачиваетъ и ничего не возмѣщаетъ за то, что „отдѣлено отъ имѣнія для передачи“ или по инымъ причинамъ „не оказывается на лицо“. Эта разница интересуется законодателя и проходитъ красною нитью чрезъ всѣ относящіяся сюда отдѣль-

ные законы. Симметрическія и сходныя по редакціи, но противоположныя по содержанію постановленія о расчетѣ собственника съ добр. и недобр. владѣльцами по поводу лѣса, гдѣ законодатель единственно и исключительно говоритъ о *fructus consumpti* и устанавливаетъ противоположныя правила, смотря по тому, произошла ли *consumptio bona* или *mala fide*,— являются только типическимъ выраженіемъ того факта, что по возрѣнію законодателя существо льготы, предоставленной добросовѣстному владѣльцу по сравненію съ недобросовѣстнымъ состоитъ въ безотвѣтственности перваго за *consumptio*, но вовсе не въ томъ, чтобы добр. владѣлецъ могъ при сдачѣ имѣнія очищать поля, луга, рудники, лѣсные участки, скотныя дворы... отъ тѣхъ продуктовъ, которые, хотя и въ видѣ *fructus separati* или *percepti*, находятся тамъ на лицо. По отношенію къ этимъ *fructus* оба владѣльца равны, оба не имѣютъ на нихъ никакого права и должны ихъ оставить на прежнемъ мѣстѣ, сѣзжая съ имѣнія. Если бы *separatio* или *perceptio fructuum* дѣлала добросовѣстнаго владѣльца полнымъ ихъ хозяиномъ, то не было бы никакого смысла говорить о послѣдствіяхъ переработки, продажи, передачи, подарка и иного „отдѣленія“ отъ имѣнія (что, конечно, не имѣетъ ничего общаго съ *separatio fructuum*), ибо со своимъ добромъ владѣлецъ, конечно, воленъ дѣлать, что ему угодно.

Слѣдующіе два принципа мы считаемъ несомнѣнными и вмѣстѣ съ тѣмъ абсолютно общими, не допускающими никакого изъятія:

1. *Separatio fructuum* не имѣетъ никакого значенія для распредѣленія плодовъ между добросовѣстнымъ владѣльцемъ и собственникомъ. Въ этомъ отношеніи между плодами на корню и отдѣленными, а равно между добросовѣстными и недобросовѣстными владѣльцами законъ не устанавливаетъ никакой разницы.

2. *Fructus consumpti* никогда не подлежатъ возмѣщенію со стороны добросовѣстнаго владѣльца и въ этомъ состоитъ коренное различіе между правами и обязанностями добросовѣстныхъ и недобросовѣстныхъ владѣльцевъ.

Такого абсолютнаго значенія не имѣетъ, но можетъ быть выставленъ въ видѣ общаго правила съ оговоркою о существованіи изъятія слѣдующій принципъ:

3. *Fructus extantes*, т.-е. извлеченные владѣльцемъ и на-

ходящіеся еще *in natura* въ имѣніи продукты, должны быть возвращены собственнику.

Изъ этого общаго правила законъ допускаетъ одно позитивное изъятіе, а именно по отношенію къ хлѣбу, сѣну и т. п., по отношенію къ продуктамъ пашней и луговъ (и плодового сада) для *lucrum* владѣльца не требуется *consumptio* („употребленіе“, переработка, отчужденіе...) или *absentia fructuum*, а достаточно уборки, *perfecta collectio*, *coactio*— ступень хозяйственнаго усвоенія, средняя между *separatio* или *percceptio* въ техническомъ смыслѣ и *consumptio*. И въ этомъ пунктѣ правило 1 ч. X т. съ точки зрѣнія принципа правильного народно-хозяйственнаго дестинатара, какъ мы уже указали, выше соотвѣтственнаго правила новыхъ законодательствъ, но оно не достигаетъ цивилизно-политической рациональности римскаго права.

Но здѣсь нужно вспомнить статью 637 объ „оставленіи въ имѣніи такого количества хлѣба, сѣна и проч., которое на основаніи хозяйственныхъ книгъ...“ etc. Эта статья еще болѣе удаляетъ институтъ отъ правилъ новыхъ законодательствъ, приближая его къ правиламъ римскаго права и постулатамъ гражданской политики, и ослабляетъ значеніе того названнаго выше „изъятія“, которое представляетъ диссонансъ и шокируетъ не только съ точки зрѣнія правильного распределенія хоз. благъ, но и съ точки зрѣнія послѣдовательнаго проведенія юр. принциповъ.

Что касается прочихъ вопросовъ, требующихъ законодательнаго рѣшенія для полнаго и удовлетворительнаго регулированія нашего института, то здѣсь приходится констатировать ошибки и пробѣлы закона:

1. Весьма сквернаго свойства гражданско-политическая ошибка заключается въ легальномъ опредѣленіи понятія *bona fides* и *mala fides superveniens*.

2. Недостаткомъ закона является то, что рассмотрѣнныя статьи имѣютъ въ виду только столкновеніе владѣнія въ тѣсномъ смыслѣ и собственности, а не дѣйствительнаго и путативнаго права пользованія вообще. Впрочемъ, этотъ недостатокъ безъ всякаго затрудненія можно устранить путемъ аналогіи, а именно путемъ примѣненія изложенныхъ выше правилъ къ тѣмъ субъектамъ, которые добросовѣстно приписываютъ себѣ пожизненное владѣніе, чиншевое право etc.

3. Напротивъ, было бы непростительнымъ для юриста, какъ такового, произволомъ, если бы мы и римское правило о моментѣ приобрѣтенія права собственности на плоды (въ отличіе отъ подробно разсмотрѣнныхъ выше вопросовъ обязательственнаго права) захотѣли приписать 1-ой ч. X т.

Съ цивильно-политической точки зрѣнія по основаніямъ, указаннымъ выше на стр. 189 и сл., пріятно было бы констатировать сходство правилъ 1 ч. X т. съ римскимъ правомъ не только въ матеріальномъ содержаніи института распредѣленія доходовъ между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ, но и въ формально-юридической структурѣ института, а именно въ томъ отношеніи, что, независимо отъ принципа *lucrum fructuum comsumptorum* и *restitutio fructuum extantium*, нашъ законъ право собственности на плоды приписываетъ владѣльцу съ момента *separatio*.

Къ сожалѣнію, позитивно-правовая дѣйствительность и цивильно-политическая желательность въ данномъ случаѣ не совпадаютъ.

По ст. 425 ч. 1 X. т. собственнику „принадлежатъ всѣ плоды, доходы, прибыли, приращенія“... Мы бы произвольно нарушили этотъ основной и органической законъ всего частно-правнаго и экономического строя, если бы безъ законнаго же основанія ввели ограниченія этого принципа, а для признанія права собственности владѣльца на плоды съ момента *separatio* (или даже *perceptio*) нѣтъ въ законахъ рѣшительно никакого основанія, ни даже повода.

И а priori невѣроятно, чтобы законодательство, воплощенное въ 1 ч. X т., предоставляя *lucrum* плодовъ добросовѣстному владѣльцу съ болѣе поздняго момента, могло установить тонкое техническое различіе между вещными и обязательственными отношеніями и рѣшить вопросъ вещнаго, формальнаго, и обязательственнаго, матеріальнаго, усвоенія различно. То, что въ области тонкостей юридической техники естественно въ *Corpus iuris*, было бы часто поразительнымъ и удивительнымъ явленіемъ въ 1-ой ч. X т., которая, независимо отъ цивильно-политической удачности или неудачности отдѣльныхъ законовъ, обнаруживаетъ повсюду весьма низкій уровень юридической техники — юридической терминологіи, редакціи нормъ права, конструкціи, умѣнія оперировать тон-

кими юр. оттѣнками и различіями etc. Такія юр. тонкости, какъ, напр., положеніе римскаго права, по которому *usucapio* продолжается и завершается послѣ *litis contestatio*, но принадлежащій на этомъ основаніи отвѣтчику предметъ дѣлается объектомъ *praestatio personalis* и долженъ быть возвращенъ бывшему собственнику — естественно въ *tit. 6, 1 digestorum* (l. 18 — 21), но были бы въ высшей степени странны и невѣроятны въ 1 ч. X т.

Различіе и противоположное направленіе вещной и обязательственной структуры нашего института, введенное римскимъ правомъ, представляетъ не менѣ тонкую юридическую *distinctio* и требуетъ для своего уразумѣнія, не говоря уже о самостоятельномъ изобрѣтеніи, довольно высокаго развитія юр. діалектики и владѣнія юр. техникою. Мы выше видѣли примѣры, показывающіе, что даже талантливые современные юристы, воспитанные на почвѣ римскаго права, не всегда избѣгали опасности не уразумѣть или не свыкнуться съ этою тонкостью римскаго права и просто смѣшивали вещныя и обязательственныя отношенія нашего института или были сбиваемы на ложные пути вслѣдствіе слѣдованія болѣе естественной и простой точкѣ зрѣнія, нежели точка зрѣнія римскихъ юристовъ, а именно вслѣдствіе воззрѣнія, что представленіе владѣльцу права собственности на плоды (или освобожденіе ихъ отъ *pignoris vinculum*) естественно должно вести и къ *lucrum* этихъ плодовъ, къ свободѣ отъ *restitutio*, и обратно. Мы бы глазамъ своимъ не вѣрили, если бы нашли подобную замысловатую тонкость въ 1 ч. X т. (*sit venia verbo*); во всякомъ случаѣ предполагать ее безъ всякаго повода со стороны закона было бы крайне ненаучно и произвольно.

Напротивъ, вполне естественно и даже психологически и логически необходимо именно въ области X-го тома предполагать, что законодатель и не думалъ, приписывая тѣ или иные плоды собственнику или добросовѣстному владѣльцу, вводить различіе и даже противоположность между вещными и обязательственными правоотношеніями.

Для рѣшенія нашего вопроса сообразно волѣ и намѣреніямъ закона необходимо исходить изъ той простой и естественной точки зрѣнія, которая довольно ясно, между прочимъ, выражена въ ст. 431:

„Приплоды и приращенія животных принадлежат ихъ хозяину; но если самецъ и самка принадлежатъ разнымъ хозяевамъ, то въ семь случаевъ кому принадлежитъ самка, тому принадлежитъ и приплодъ ея; въ случаѣ же спора о животныхъ, находящихся въ чужомъ владѣннн, приплодъ принадлежитъ законному владѣльцу тогда только, когда онъ подалъ жалобу въ теченіе года со дня завладѣннн тѣми животными“.

Здѣсь очевидно, что законодатель вполне отождествляетъ вещныя и обязательственныя (обязанность возвращенія по иску собственника) отношенія къ приплоду животныхъ, точнѣе не думаетъ о возможности такого различія, считаетъ само собою разумѣющимся, что принадлежность приплода тому или другому изъ спорящихъ субъектовъ опредѣляетъ и вопросъ, кому въ концѣ концовъ приплодъ долженъ достаться, и обратно.

И такъ какъ, между прочимъ, приведенный законъ не различаетъ добросовѣстныхъ и недобросовѣстныхъ владѣльцевъ, а говоритъ вообще о „спорѣ о животныхъ, находящихся въ чужомъ владѣннн“, то мы, по правилу *ubi lex non distinguit etc.*, не питаемъ никакого сомнѣнн, что на основанн ст. 431 и при условнн въ ней указанномъ (но только при этомъ условнн) слѣдовало бы всякому владѣльцу (и добросовѣстному) отказать въ правѣ собственности на отдѣленный приплодъ, *resp.* при обратномъ условнн, указанномъ въ ст. 431, приписать это же право всякому владѣльцу (и недобросовѣстному) ¹⁾.

¹⁾ Мы говоримъ „слѣдовало бы“, а не „слѣдуетъ“ и въ предъидущемъ изложеннн вывели ннныя правила о распределенн приплода животныхъ, игнорируя статью 431. Это потому, что мы эту статью, поскольку она противорѣчитъ изложенному нами выше о приплодѣ животныхъ на основанн ст. 626, ср. ст. 620 пунктъ 3., ст. 640 и 642, считаемъ отмѣненнымъ закономъ (*lex derogata*).

Наша дивилистика исходитъ изъ того, впрочемъ *prima facie* вполне естественнаго, предположенн, что ст. 431 есть дѣйствующій законъ, и дѣлаетъ соответственныя выводы изъ него для дѣйствующаго права. Эти выводы, впрочемъ, далеко не могутъ быть признаны (независимо отъ указанного ошибочнаго предположенн) правильными и точно и полно отражающими дѣйствительное содержанн ст. 431 толкованнми. Заниматься здѣсь критикою и опроверженнмъ этихъ толкованн излишне. Не бесполезно только указать (для исправленн въ будущихъ изданнхъ почтеннаго учеб-

Въ виду вышеизложенныхъ соображеній мы должны рѣшить, что право собственности на извлеченные владѣльцемъ металлы и минералы принадлежитъ собственнику участка, если его искъ былъ объявленъ добросовѣстному владѣльцу до обработки этихъ плодовъ (ст. 626, 630). Напротивъ, въ случаѣ и съ момента обработки металловъ и минераловъ до повѣстки или публикаціи объ искѣ (и до *m. f. sup.*) эти продукты перестаютъ принадлежать собственнику и начинаютъ принадлежать владѣльцу. Что „должно быть оставлено за нимъ“ (владѣльцемъ, ст. 630), то ему и принадлежитъ, что „не должно быть за нимъ оставлено“, то принадлежитъ законному владѣльцу (собственнику). „Убранные съ полей и луговъ хлѣбъ, сѣно и проч.“ принадлежатъ владѣльцу. Напротивъ, эти продукты продолжаютъ принадлежать собственнику послѣ

ника), что въ руководствѣ Мейера названная статья не только толкуется ошибочно въ ея предѣлахъ, но также подвергается неправильному въ свою очередь распространительному толкованію и служить основаніемъ для вывода общихъ принциповъ, весьма сомнительныхъ съ юридической и цивильно-политической точки зрѣнія. Такъ, здѣсь (II § 9, стр. 319 въ 7-омъ изд.) мы находимъ утверженіе, будто „право пользованія по такой вещи, которая сама собою удовлетворяетъ какой-либо потребности, независимо отъ приносимыхъ ею плодовъ“ не ведетъ къ приобрѣтенію права собственности на плоды. „Напр., право пользованія животными не ведетъ къ приобрѣтенію права собственности на ихъ приплодъ. Но въ этомъ случаѣ законодательство... полагаетъ извѣстный (годовой) срокъ, въ теченіе котораго собственникъ вещи, предоставленной въ пользованіе, можетъ требовать отъ пользователя выдачи приплода (ст. 431)“.

На самомъ дѣлѣ статья 431 вовсе права пользованія, а тѣмъ болѣе права пользованія другими вещами, кромѣ животныхъ, не касается, а относится спеціально къ иску собственника противъ незаконнаго владѣльца по поводу животныхъ и къ тому же именно заключаетъ въ себѣ лишеніе собственника права собственности (а не только ограниченіе права требованія возвращенія) въ пользу владѣльца и предоставленіе права собственности на приплодъ даже недобросовѣстному владѣльцу животнаго.

Но законъ, изложенный въ Сводѣ въ видѣ ст. 431, какъ оказывается изъ справокъ по законодательнымъ источникамъ, былъ почти во всѣхъ (въ какихъ, видно изъ ст. 620, 626, 640, 642) своихъ постановленіяхъ отмѣненъ позднѣйшимъ закономъ, а именно закономъ 1851 г. марта 21 (Высочайше утвержденныя измѣняемая статьи Свода Законовъ о вознагражденіи за вредъ и убытки, ст. 609 и сл. 1 ч. X т.). Въ виду того, что 1 ч. X т. есть Сводъ, а не самостоятельное уложеніе, законодательная хронологія никоимъ образомъ не должна быть упускаема изъ виду и правило *lex posterior derogat priori* сохраняетъ полную силу и въ предѣлахъ Свода.

separatio и несмотря на perceptio, если perfecta collectio (уборка съ полей) не наступила до litis denuntiatio. Право собственности на приплодъ животныхъ перестаетъ принадлежать собственнику, между прочимъ, съ момента перевода въ другое имѣніе. Въ такомъ юридическомъ явленіи нѣтъ ничего поразительнаго, особенно если вспомнимъ правила римскаго права и новыхъ законодательствъ о summissio, по которымъ вопросъ о правѣ собственности на приплодъ рѣшается различно, смотря по тому, выдѣлилъ ли субъектъ извлеченія плодовъ приплодъ изъ стада, инвентаря и т. п. (напр., посредствомъ „перевода въ другое имѣніе“) или сдѣлалъ противоположное хозяйственное распоряженіе, включилъ въ инвентарь, въ стадо etc. Наконецъ, плоды перестаютъ принадлежать собственнику имѣнія (если не раньше, то) съ момента отчужденія, съ момента „отдѣленія отъ имѣнія для передачи, подарка или продажи“. Съ точки зрѣнія прагматическаго содержанія позитивнаго права вопросъ рѣшается такимъ образомъ, что собственникъ не можетъ отыскивать проданныхъ уже приплода животныхъ, шерсти etc., что эти предметы остаются за третьимъ приобретателемъ¹⁾, которому и принадлежитъ право собственности. Съ точки зрѣнія юридической конструкціи это явленіе можно формулировать такъ, что владѣлецъ, который не приобрѣлъ права собственности на плоды до ихъ отчужденія (напр., переработкою, переводомъ въ другое имѣніе), приобретаетъ это право и въ то же время переноситъ его на третьяго приобретателя въ моментъ отчужденія. О такой юр. конструкціи законодатель, конечно, не думалъ, но въ области конструкціи юриспруденція пользуется свободою, поскольку она этимъ не нарушаетъ и не искажаетъ содержанія положительнаго, прагматическаго права.

Конечно, въ случаѣ употребленія въ собственномъ смыслѣ дѣло ограничивается прекращеніемъ права собственности для собственника имѣнія. На вышитое владѣльцемъ молоко ни собственникъ, ни владѣлецъ, ни кто-либо третій не могутъ имѣть права собственности и въ немъ не нуждаются. Не можетъ быть, конечно, разговора и о правѣ собственности

¹⁾ Иначе собственникъ окольнымъ путемъ принудилъ бы владѣльца къ возмѣщенію за проданные плоды (регрессъ третьяго приобретателя), что противно tenor'у ст. 626.

на т. н. гражданскіе плоды, поскольку они состоятъ въ предметахъ, къ которымъ вещное право собственности не можетъ относиться, напр., въ требованіяхъ арендной, наемной платы. Что же касается тѣхъ денежныхъ знаковъ или иныхъ вещественныхъ благъ, которыя на основаніи такихъ требованій передаются владѣльцу, то здѣсь право собственности приобрѣтается по общимъ, не относящимся къ нашему институту правиламъ ¹⁾. Однимъ словомъ, рассматриваемый нами вещный вопросъ относится лишь къ продуктамъ, извлекаемымъ путемъ отдѣленія отъ капитальной вещи, и подлежитъ рѣшенію лишь постольку, поскольку онъ не упраздняется выходомъ этихъ продуктовъ изъ ряда *res in commercio*. Въ этихъ предѣлахъ мы, обобщая сказанное выше, должны его рѣшить такъ:

Право собственности на плоды переходитъ на владѣльца въ моментъ, когда они превращаются изъ *fructus extantes* въ *fructus consumpti* ²⁾ или (ср. выше, стр. 342) *fr. absentes* (переработка, отчужденіе, переводъ).

Соотвѣтственно изъятію, установленному нами выше (стр. 344) изъ правила *b. f. p. fructus consumptos suos facit*, и здѣсь слѣдуетъ упомянуть, что въ одномъ случаѣ достаточно для приобрѣтенія собственности *perfecta collectio* (уборки съ мѣста отдѣленія, но не *separatio* или *perceptio*).

Такимъ образомъ тѣмъ юридическимъ фактомъ, который играетъ существенную роль въ нашемъ институтѣ, какъ основаніе для отступленія отъ обычнаго принципа распредѣленія современнаго частно-хозяй-

¹⁾ Эти замѣчанія о гражданскихъ плодахъ не лишни въ виду того, что по этому вопросу въ литературѣ можно найти сомнѣнія и недоразумѣнія весьма элементарнаго свойства.

²⁾ Выше на стр. 6 въ пр. 2 мы соглашаемся съ мнѣніемъ, видящимъ въ концѣ 1. 4 § 19 D. de usuc. 41,3 (*idem in agnis dicendum, si consumpti sint*) положеніе юридически невозможное, если подъ словами *idem dicendum* разумѣть приобрѣтеніе права собственности со стороны владѣльца. Это противорѣчитъ, повидимому, тому, что мы здѣсь говоримъ въ текстѣ, но только повидимому. Слѣдуетъ принять во вниманіе: нашу оговорку относительно исключенія потребленія въ тѣсномъ смыслѣ и нашу юр. конструкцію на случай отчужденія плодовъ. Главнымъ же основаніемъ, почему въ предѣлахъ римскаго права формула *b. f. possessor fructus consumptos suos facit* не имѣетъ въ виду и не можетъ рѣшать вещныхъ вопросовъ и почему обратное въ видѣ общаго правила вѣрно для русскаго права, видно изъ всего выше сказаннаго о правѣ собственности на плоды по 1-й ч. X т., относящагося именно къ праву 1-й ч. X т. въ отличіе отъ римскаго права.

ственного строя (собственнику капитала — доходъ отъ него) является не только въ области обязательственнаго, но и въ области вещнаго права никоимъ образомъ не *separatio* и не *perceptio fructuum*, а по общему правилу ихъ *consumptio*. И вещную связь между собственникомъ и продуктами его капитала прерываетъ не *separatio* и не *perceptio*, а лишь *consumptio*, а въ одномъ случаѣ — *perfecta collectio*. —

Если мы этотъ основной и общій результатъ нашей юридической переработки казуистическихъ правилъ 1-й ч. X т. сопоставимъ теперь съ общимъ изреченіемъ статьи 626, которая предоставляетъ добросовѣстному владѣльцу „доходы, съ онаго уже полученные“, то, если подъ выраженіемъ „полученные доходы“ разумѣть *fructus separati* или *percepti* въ техническомъ смыслѣ (отдѣленные отъ капитальной вещи или попавшіе во владѣніе добр. вл.), въ такомъ случаѣ оказывается, что наше изслѣдованіе привело къ прямому и абсолютному отрицанію смысла этого общаго изреченія статьи 626. Общее начальное положеніе статьи 626 объявляетъ, что рѣшающимъ моментомъ для *iussum* добросовѣстнаго владѣльца является появленіе плодовъ, какъ самостоятельныхъ объектовъ, въ имѣніи или въ сферѣ *possessio* добр. владѣльца, а мы, наоборотъ, утверждаемъ, что не появленіе, а исчезновеніе продуктовъ въ первоначальномъ ихъ видѣ изъ имѣнія или владѣнія производить это послѣдствіе. Мы такимъ образомъ, повидимому, исходя изъ отдѣльныхъ казуистическихъ рѣшеній, уничтожили общее правило закона.

Если это противорѣчіе, которое *prima facie* кажется яснымъ и для всякаго очевиднымъ, дѣйствительно существуетъ, то каковъ долженъ быть выходъ изъ него? На какомъ изъ двухъ противоположныхъ или во всякомъ случаѣ исключających другъ друга началъ мы должны остановиться? Изъ нашего цивильно-политическаго изслѣдованія вытекаетъ, несомнѣнно, предпочтительность принципа *consumptio*, а равно несостоятельность принципа *separatio* или *perceptio*, и если бы здѣсь дѣло шло о совѣтахъ и указаніяхъ по адресу законодателя, то для насъ не могло бы существовать никакого сомнѣнія, что слѣдуетъ для окончательнаго матеріальнаго распредѣленія плодовъ въ нашемъ институтѣ остановиться на различіи *fructus extantes* и *consumpti*, а не *iam percepti* и

pondum percepti. Но мы кромѣ цивильно-политической оцѣнки постановлений 1 ч. X т. предприняли и изслѣдованіе ихъ съ точки зрѣнія юриспруденціи, науки позитивнаго права, и здѣсь мы ищемъ рѣшенія сказаннаго противорѣчія съ юридической точки зрѣнія. Было бы искаженіемъ юридического метода (юридической „логики“) и смѣшеніемъ задачъ и существа юриспруденціи и политики права, если бы мы „юридическіе“ вопросы рѣшали просто по „правно-политическимъ“ соображеніямъ. По этому поводу нельзя не замѣтить, что такое прегрѣшеніе по отношенію къ юридическому методу и законамъ 1 ч. X т. о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды было допущено со стороны юриспруденціи. Вѣдь всѣ юристы, которые читали статью 626 и въ особенности ст. 630 (по которой необработанные золотосодержащіе пески и т. п. „не должны быть за нимъ—добросовѣстнымъ владѣльцемъ—оставлены“), а такихъ юристовъ, конечно, было весьма много, не могли не замѣтить, что здѣсь рѣшаетъ не *separatio* или *perceptio fructuum*. Вѣдь это сообщаетъ законъ *expressissimis verbis*. А между тѣмъ *communis opinio doctorum*, игнорирующая это и подобныя другія постановленія закона, насколько намъ извѣстно, до сихъ поръ не подверглась даже спору и сомнѣнію. Какъ это возможно? А возможно и осуществилось на дѣлѣ это столь поразительное съ точки зрѣнія юриспруденціи, какъ таковой, явленіе, какъ намъ кажется, только потому, что симпатіи всѣхъ склоняются въ пользу того же общаго рѣшенія вопроса, которому слѣдуютъ новыя законодательства и которое кажется юриспруденціи столь естественнымъ и справедливымъ, что романисты насильно навязываютъ его мудрой классической римской юриспруденціи, а иное рѣшеніе, опирающееся на различіе *fructus consumpti* и *extantes* сваливаютъ, какъ и иныя дѣйствительныя или мнимыя „безобразія“ въ *Corpus iuris*, на козловъ отпущенія науки римскаго права — злыхъ компиляторовъ. Правда, интересующія насъ положенія X т. еще не были подвержены научной цивильно-политической оцѣнкѣ, въ частности не была опредѣлена ихъ цѣнность съ точки зрѣнія народнаго хозяйства, такъ что о рѣшеніи юридическихъ вопросовъ по „цивильно-политическимъ“ основаніямъ здѣсь собственно рѣчи быть не можетъ, если подъ цивильно-политическою оцѣнкою разумѣть научное изслѣдованіе по тому методу и съ той точки зрѣ-

нія, какіе въ данной области могутъ быть научно обоснованы и оправданы, какъ раціональные и научные приемы изслѣдованія, въ частности, въ области частноправнаго строя народнаго хозяйства—изслѣдованіе съ научно-экономической точки зрѣнія. Но каковы бы ни были свойство и происхождение тѣхъ мотивовъ или воззрѣній, которые вызвали отмѣченное выше ненормальное явленіе, во всякомъ случаѣ фактъ игнорированія очевидной воли положительнаго закона со стороны юриспруденціи достаточно обосновываетъ высказанный нами упрекъ.

Мы констатировали, что не только положеніе статьи 630 о минералахъ, но всѣ отдѣльныя положительныя постановленія 1 ч. X т. о хоз. продуктахъ основаны на совсѣмъ иныхъ принципахъ, нежели то начало *separatio* или *perceptio fructuum*, которое, повидимому, выражено въ первой половинѣ статьи 626. Коллизія получила принципиальный характеръ и мы должны найти изъ нея принципиальный выходъ.

Даетъ ли наука права, содержитъ ли юридическая методологія правило на случай подобныхъ коллизій?

Въ дигестахъ на первомъ мѣстѣ въ титулѣ *De diversis regulis iuris antiqui* (50, 17) поставлено слѣдующее положеніе:

Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut, ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

Этотъ методологическій принципъ освященъ и дальнѣйшею послѣ-римскою многовѣковой исторіей науки гражд. права. Его, насколько намъ извѣстно, со временъ римскихъ юристовъ до нашихъ дней наука права никогда не колебалась и не оспаривалась, хотя отдѣльныя нарушенія его на дѣлѣ всегда случались и теперь весьма часто происходятъ и даже являются весьма общею и существенною причиною ошибокъ юр. теорій ¹⁾.

¹⁾ Къ такимъ ненаучнымъ теоріямъ, основаннымъ на нарушеніи этого начала, относится, напр., господствующая теорія плодовъ. Въ этомъ смыслѣ почти все содержаніе перваго тома „*Lehre v. Einkommen*“ содержитъ въ себѣ сплошное подтвержденіе необходимости осуществленія на дѣлѣ введенной *regula iuris*. Еще болѣе поразительный примѣръ этого рода пред-

Начало это, являющееся особенно важнымъ руководящимъ правиломъ при научной разработкѣ той громадной массы законовъ, которые содержатся въ *Corpus iuris*, должно быть аналогично примѣняемо и въ области другихъ гражданскихъ правъ.

Всегда слѣдуетъ осторожно относиться къ общимъ правовымъ опредѣленіямъ, положеніямъ и изреченіямъ и провѣрять ихъ правильность путемъ сопоставленія съ частными рѣшеніями и нормами. Если эти частныя положенія, логически по предмету регулированія подчиненныя общей *regula*, на самомъ дѣлѣ по содержанию ей противорѣчатъ, то не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что не общее положеніе, опредѣленіе и т. п. разрушаетъ и уничтожаетъ частныя, а наоборотъ. За частными нормами слѣдуетъ признать полную силу, а общая *regula* соотвѣтственно „*perdit officium suum*“, какъ выражается римскій юристъ.

И это вовсе не какое либо условное правило, выдуманное юристами для того, чтобы разсѣкать гордіевы узлы противорѣчій, а весьма разумное начало, вытекающее изъ существа, происхожденія и задачъ права.

Особенно ясно и наглядно представляется разумность его по отношенію къ *Corpus iuris*, которое содержитъ въ себѣ на ряду съ громадною массою весьма частныхъ и спеціальныхъ рѣшеній и положеній много и весьма общихъ, абстрактныхъ положеній, которыя были достигнуты римскими юристами путемъ обобщенія частныхъ положеній, примѣнявшихся въ ихъ юридическомъ быту. Съ этой точки зрѣнія мы можемъ въ массѣ законовъ, составляющихъ *Corpus iuris*, различать два наслоенія (впрочемъ, безъ рѣзкой разграничительной черты): 1) съ одной стороны, такія положенія, которыя являются болѣе или менѣе непосредственными про-

ставляетъ господствующее ученіе о процентахъ (ср. 2-ую часть 2-го тома *Lehre v. Einkommen*), совсѣмъ непохожее на то право процентовъ, которое дѣйствительно содержится въ *Corpus iuris*, но только не въ тѣхъ неправильныхъ общихъ изреченіяхъ источниковъ, на которыхъ новый романизмъ основалъ свою теорію, а въ массѣ отдѣльныхъ частныхъ положеній и рѣшеній, представляющихъ въ то же время въ противоположность господствующей теоріи замѣчательно рациональное съ цивильно-политической точки зрѣнія право. Несоблюденіе того же общаго начала было причиною возникновенія теоріи, будто предметомъ т. н. исквъ о незаконномъ обогащеніи является фактическое обогащеніе отвѣтчика etc. etc.

дуктами кристаллизаціи конкретной эмпирики, правила, выработавшіяся для рѣшенія болѣе или менѣе спеціальныхъ практическихъ вопросовъ, не путемъ общихъ теоретическихъ размышленій, а путемъ обычнаго, однообразнаго рѣшенія конкретныхъ спеціальныхъ дѣлъ; 2) съ другой стороны, тѣ общіе юр. принципы, которые римскіе ученые юристы извлекали изъ этого сравнительно сырого и конкретного, но зато тѣмъ болѣе близкаго къ эмпирикѣ жизни юридическаго матеріала, примѣняемаго и провѣреннаго на практикѣ. Чѣмъ больше при этомъ они удалялись въ область теоретической абстракціи, тѣмъ больше было на пути поводовъ для ошибокъ въ разныхъ стадіяхъ обобщенія, для производства неправильныхъ по содержанію или слишкомъ широкихъ по объему общихъ правилъ, уже не соответствующихъ тѣмъ цѣннымъ кристалламъ правовой эмпирики, которые на этомъ логическомъ пути были исходною точкою, но далеко остались назадъ. Многія изъ такихъ юр. обобщеній ¹⁾ въ свою очередь впоследствии подверглись эмпирическому подтвержденію и опытной санкціи, другія были дискредитированы опытомъ и совсѣмъ отброшены или превращены въ болѣе узкія правила и т. д., такъ что и многія абстракціи римскихъ юристовъ не только получили полную юридическую санкцію позитивныхъ обычныхъ нормъ, но и эмпирическое освященіе и подтвержденіе своей разумности. Впрочемъ, чѣмъ болѣе общимъ характеромъ отличается извѣстное начало, принятое римскими юристами, тѣмъ меньше *ceteris paribus* шансовъ, что оно во всѣхъ своихъ спеціальныхъ развѣтвленіяхъ подверглось достаточной эмпирической провѣркѣ и оцѣнкѣ со стороны цивильно-политической раціональности и получило твердую обычно-правовую санкцію. Во всякомъ же случаѣ авторитетъ этихъ общихъ положеній падаетъ, если оказывается, что частныя позитивныя нормы права имъ противорѣчатъ. Въ этихъ случаяхъ приходится констатировать наличность ошибки въ процессѣ теоретическаго отвлеченія и это при научной переработкѣ *Corpus iuris* случается весьма часто.

¹⁾ Ихъ нельзя смѣшивать съ тѣми теоріями римскихъ юристовъ, о которыхъ мы говорили выше въ § 23, передающихъ не общія начала права, а различныя разсужденія о правѣ, о его разумности, о причинахъ его возникновенія и т. п., и которымъ мы придали значеніе лишь ненаучной и примитивной литературы о правѣ.

Положенія новыхъ гражданскихъ уложеній, представляя въ значительной части компиляцію римскаго права, точнѣе—современныхъ руководствъ и учебниковъ римскаго права, въ значительной мѣрѣ являются отраженіемъ различныхъ продуктовъ намѣченнаго выше процесса юридическаго развитія Рима. Кромѣ того, въ новыя уложенія реципировано было не мало и неправильныхъ обобщеній новыхъ теоретиковъ на ряду съ болѣе спеціальными нормами, обнаруживающими ихъ неправильность. Здѣсь *mutatis mutandis* можно повторить то, что сказано относительно римскихъ отвлеченныхъ правилъ, несогласныхъ съ болѣе конкретнымъ правомъ.

Но и въ области тѣхъ общихъ законодательныхъ положеній новаго или древняго происхожденія, которыя произошли не какъ *regulae* путемъ обобщенія *ius*, а путемъ непосредственныхъ законодательныхъ соображеній и постановленій, приведенное правило относительно коллизіи общихъ и частныхъ положеній сохраняетъ свой разумный правно-политическій смыслъ (независимо отъ своей юридической правильности), ибо законодатель вообще тѣмъ легче и яснѣе обзрѣваетъ область примѣненія и значенія нормы, чѣмъ она конкретнѣе.

Если же мы имѣемъ дѣло съ законодательнымъ сборникомъ, столь слабымъ по своей юридической техникѣ и редакціи, какъ 1 ч. X т., то необходимость осторожнаго отношенія къ общимъ опредѣленіямъ и положеніямъ очевидна и по другимъ еще основаніямъ. Общія юридическія *regulae* и *definitiones* для своей правильности требуютъ, какъ извѣстно, особенно высокой степени развитія абстрактнаго мышленія и редакціоннаго юридическаго или законодательнаго искусства. Здѣсь не только трудно обзрѣть и предусмотрѣть гражданско-политическія послѣдствія (вліяніе на народное хозяйство, народную этику...), но и не легко обнять въ мысли всевозможныя юридическія *consequentiae*, т.-е. всѣ частныя юридическія положенія, которыя скрываются въ общей *definitio* или *regula* самой по себѣ или въ комбинаціи ея съ другими законами, и подчасъ существенно измѣняются отъ незначительнаго измѣненія (напр., иной расстановки словъ, знаковъ препинанія) въ редакціи общаго положенія. *Omnis definitio periculosa est*, но то же относится ко всѣмъ абстрактнымъ положеніямъ 1 ч. X т. въ безконечно большей сте-

пени, нежели, напр., къ *Corpus iuris* или новому германскому уложению.

Примѣняя разсмотрѣнный юридическій принципъ къ вопросу о правахъ добросовѣстнаго владѣльца на плоды, мы должны придти къ заключенію, что высказанное въ 626 ст. общее положеніе о предоставленіи владѣльцу „полученныхъ доходовъ“ (если эти слова означаютъ *fructus separati* или *percepti*) слѣдуетъ разсматривать какъ „regula“, quae „perdit officium suum“ вслѣдствіе столкновенія съ „ius quod est“.

Но эти разсужденія мы помѣстили здѣсь такъ сказать лишь „на всякій случай“, т.-е. на тотъ худшій для нашей теоріи случай, если бы не признано было возможнымъ толковать слова „полученные доходы“ иначе, нежели въ смыслѣ *fructus separati* или *percepti*. По нашему же мнѣнію эти слова не только можно, но и должно толковать вовсе не въ смыслѣ *fructus separati* или *percepti*, а совсѣмъ иначе. Ближе и точнѣ всего былъ бы переводъ этихъ словъ терминомъ „*fructus consumpti*“. Въ такомъ случаѣ упрекъ по адресу законодателя въ противорѣчій съ точки зрѣнія предвѣдущаго толкованія означалъ бы только наше собственное непониманіе.

Prima facie наше сопоставленіе: „полученные доходы“ — „*fructus consumpti*“ можетъ показаться страннымъ парадоксомъ или даже непозволительною шуткою. „Полученіе“ означаетъ появленіе у меня, *consumptio* означаетъ „исчезновеніе“.

Естественно и можно было говорить о значеніи *consumptio fructus* по 1 ч. X т. раньше, при разсмотрѣніи положеній, говорящихъ о „проданныхъ уже“ животныхъ и т. п., но попытка насильно вложить понятіе „*consumptio*“ въ общее выраженіе „полученные доходы“ является, повидимому, совершенно произвольнымъ и даже смѣшнымъ усердіемъ въ пользу теоріи *fructus consumpti*.

На самомъ дѣлѣ это далеко не такъ. Прежде всего замѣтимъ, что съ научно-экономической точки зрѣнія понятіе „полученный доходъ“ никоимъ образомъ нельзя было бы отнести къ *fructus separati* или *percepti*:

Въ такомъ отождествленіи заключалось бы изрядное количество ошибокъ съ точки зрѣнія экономической теоріи.

Для „полученія дохода“ прежде всего нужно завершеніе производства со стороны хозяина, „получающаго доходъ“. Но *separatio* (или *perceptio*) есть лишь одна изъ среднихъ

стадій производства, вовсе еще не рѣшающая окончательно, будетъ ли „полученъ доходъ“ и каковъ будетъ его размѣръ. Скошенная владѣльцемъ рожь есть *fructus percepti*, но не „полученный доходъ“ съ экономической точки зрѣнія. Еще нужно связать рожь въ снопы, сложить потомъ въ копны, убрать ее съ поля, вымолотить etc., и до окончанія производства существуютъ такія опасности (напр., въ дождливыхъ мѣстностяхъ), которыя могутъ совсѣмъ разрушить надежду хозяина на „полученіе дохода“ или на значительный размѣръ этого дохода. Кромѣ этихъ ошибокъ съ точки зрѣнія производства, въ отождествленіи *fructus separati* съ „полученнымъ доходомъ“ скрываются и ошибки съ точки зрѣнія распредѣленія. Въ разныхъ стадіяхъ частно-хозяйственнаго производства происходитъ распредѣленіе напередъ народно-хозяйственнаго дохода, ожидаемаго въ результатъ производства, между различными субъектами, соприкосновенными съ даннымъ частнымъ хозяйствомъ, т. - е. происходитъ „полученіе дохода“ (частно-хозяйственнаго) съ точки зрѣнія этихъ субъектовъ. При этомъ такое „полученіе дохода“ (окончательное выдѣленіе доли, причитающейся субъекту изъ дохода въ народно-хозяйственномъ смыслѣ) до завершенія производства, напр., въ сельско-хозяйственномъ имѣніи, въ фабрикѣ и т. п., имѣетъ мѣсто со стороны многихъ лицъ, но отнюдь не со стороны самого предпринимателя. Такъ, платежъ 1000 рублей разнымъ лицамъ, напр., крестьянамъ сосѣднихъ деревень, за уборку хлѣба съ полей означаетъ, что эти лица „получили“ свой „доходъ“, свою долю въ народно-хозяйственномъ доходѣ, производимомъ въ данномъ предпріятіи. Но свезенный хлѣбъ въ снопахъ вовсе не совпадаетъ съ тою частью народно-хоз. дохода, которая приходится на долю предпринимателя, напр., добросовѣстнаго владѣльца имѣнія. Въ дальнѣйшихъ стадіяхъ производства, напр., во время молотбы, будетъ продолжаться такое же распредѣленіе и опять придется разнымъ лицамъ выдѣлить ихъ долю участія въ результатъ производства¹⁾. Отсюда видно, что въ разное время послѣ *separatio fructuum*

¹⁾ Такое распредѣленіе и выдѣленіе, впрочемъ, возможно не только въ цѣнности, но и въ натурѣ, если, напр., жатва или уборка происходитъ „за снопъ“, если ссудившій оборотный капиталъ предпринимателю получаетъ проценты хлѣбомъ и т. п.

различныя лица могут „получить доходъ“ и уйти домой спокойно его потреблять, какъ „свой“ доходъ, но предприниматель не можетъ въ этихъ стадіяхъ считать продуктъ „своимъ доходомъ“ съ экономической точки зрѣнія, несмотря на наличность права собственности.

И такъ, отождествленіе „полученнаго владѣльцемъ дохода“ съ *fructus separati* (или *percepti*) несостоятельно съ точки зрѣнія какъ производства, такъ и распредѣленія.

Мы бы съ точки зрѣнія экономической теоріи ограничились этими замѣчаніями, если бы говорили о натуральномъ хозяйствѣ, не знающемъ мѣнового денежнаго оборота, работающимъ не для сбыта, а для собственныхъ потребностей. Но въ эпоху денежно-мѣнового хозяйства для „полученія дохода“ необходимымъ условіемъ является сбытъ. Хотя бы производство въ тѣсномъ смыслѣ и то распредѣленіе, о которомъ мы говорили, были вполне окончены, предприниматель еще не „получилъ“ дохода и даже не знаетъ, какой доходъ онъ отъ своего предпріятія, напр., съ имѣнія, получить, пока онъ не совершилъ успѣшно послѣдней стадіи своей дѣятельности, направленной на полученіе дохода, а именно не сбылъ достаточно выгодно своихъ продуктовъ, не отчудилъ ихъ въ обмѣнъ на деньги. Въ случаѣ паденія цѣнъ онъ можетъ не получить никакого дохода съ имѣнія, несмотря на весьма успѣшное завершеніе производства въ тѣсномъ смыслѣ.

Отсюда видно, что съ точки зрѣнія предпринимателя, производящаго исключительно для сбыта, отнюдь не *fructus extantes* и подавно не *fructus separati* представляются „полученнымъ уже доходомъ“, а исключительно только „*fructus consumpti*“.

Вмѣстѣ съ тѣмъ изъ изложеннаго выше видно, что на различныхъ ступеняхъ экономического развитія понятіе дохода должно мѣнять свое содержаніе. Для древняго *pater familias* въ эпоху, когда онъ производилъ безъ помощи наемнаго труда и занятыхъ капиталовъ и при томъ исключительно для собственныхъ потребностей, а не для сбыта, указанные выше точки зрѣнія соціального распредѣленія и сбыта не имѣли значенія. „Полученнымъ“ уже и обеспеченнымъ потребительнымъ фондомъ, источникомъ пропитанія семьи были хлѣбъ, виноградъ etc. Теперь таковымъ являются для сельскохозяйственныхъ предпріяній преимущественно, а для боль-

шинства другихъ предпріятій исключительно деньги. Древній домохозяинъ радовался и устраивалъ пирь богамъ и друзьямъ, когда онъ собиралъ дары Цереры; теперешніе предприниматели знаютъ, что послѣ сбора плодовъ еще рано ликовать; они продолжаютъ волноваться, слѣдятъ за рынкомъ, за биржевыми бюллетенями и т. п. и успокаиваются лишь послѣ сбыта. Прежде доходы съ житейской точки зрѣнія считались „уже полученными“, когда они уже не были подвержены атмосферическимъ и прочимъ опасностямъ на поляхъ, когда они уже находились подъ кровомъ хозяйственныхъ построекъ, теперь они получены лишь тогда, когда исчезли изъ хоз. складовъ и попали въ видѣ *rescipia* въ кассу.

Указанныя перемены экономическихъ явленій естественно отражаются и на развитіи народнаго и юридическаго языка, въ частности на исторіи тѣхъ словъ и понятій, которыя служатъ для обозначенія и опредѣленія того, что добрый хозяинъ можетъ считать своимъ потребительнымъ фондомъ до слѣдующихъ сборовъ. Такъ, напр., исторія словъ и понятій *fructus* и *reditus* представляетъ т. ск. маленькое зеркало экономического развитія римскаго народа съ древнѣйшихъ временъ до позднѣйшей императорской эпохи (ср. L. v. E. I §§ 16, 17). Здѣсь небезынтересно отмѣтить лишь слѣдующее явленіе. Слово *fructus* (потребительный фондъ добраго хозяина, *hominis frugi, frugalis*) въ эпоху примитивнаго патриархальнаго натурального хозяйства означало *donna Cereris in natura*, какъ предметы питанія въ тѣсномъ смыслѣ. Относились сюда *fruc(g)tus* въ тѣсномъ, первоначальномъ и древнѣйшемъ смыслѣ, т.-е. древесные плоды, ягоды etc., *fru(g)menta*, хлѣбные злаки, и *fruges*, стручковые растенія и проч. Не относились сюда въ эту эпоху деревья, металлы, камни и т. п. предметы, *quibus homines non vescantur, non fruuntur*, т.-е. предметы, не употребляемые въ пищу. Съ развитіемъ денежнаго, мѣноваго хозяйства и дерева, камни, металлы и т. п. включаются въ понятіе *fructus*, ибо въ мѣновомъ хозяйствѣ и добытые металлы и т. п. питають домохозяина и его семью.

Вмѣстѣ съ тѣмъ развитіе денежнаго хозяйства раздвояетъ значеніе слова *fructus* и дѣлаетъ его двусмысленнымъ. Съ одной стороны слово *fructus* означаетъ натуральные продукты, съ другой стороны — доходъ въ денежно-хозяйственномъ смыслѣ. Впослѣдствіи на помощь и на смѣну двусмысленнаго слова

fructus въ разговорномъ обиходѣ латинскаго языка появилось слово *reditus*, свободное отъ представленія питанія и означающее періодически возвращающуюся (*redire*) денежную прибыль. Цицеронъ въ своихъ сочиненіяхъ еще не употребляетъ этого слова, Юліанъ уже знаетъ его; въ дигестахъ преобладаетъ слово *fructus*, въ кодексѣ *reditus*, при чемъ здѣсь встрѣчается и выраженіе *reditus purus* (чистый доходъ). Новые языки реципировали слово *fructus* (*fruits*, фрукты и т. п.) въ его самомъ тѣсномъ и примитивномъ смыслѣ для обозначенія древесныхъ плодовъ, для обозначенія же дохода они вполне рационально реципировали слово *reditus* (*revenue*, *rendita*, рента и т. п.). Напротивъ, новая и въ частности романистическая юриспруденція обосновала свою терминологию ученія о доходахъ на почвѣ болѣе архаическаго смысла выраженія *fructus*. Отъ этого самого по себѣ неудачнаго выбора большой бѣды не было бы, если бы романисты сознательно отнеслись къ экономическому смыслу и порядку развитія понятія *fructus*. Въ *Corpus iuris* въ этомъ отношеніи заключается какъ бы нѣсколько геологическихъ пластовъ, отраженіе нѣсколькихъ эпохъ экономическаго и юридическаго развитія и сообразно съ этимъ слово *fructus* имѣетъ тамъ нѣсколько исторически послѣдовательныхъ значеній (четыре въ области валового дохода, ср. *L. v. E. I*, стр. 238, и пятое, чаще всего встрѣчающееся, значеніе есть „чистый доходъ“). Новымъ романистамъ слѣдовало бы отбросить устарѣвшія экономически и юридически значенія и остановиться на послѣднемъ результатѣ развитія (дополнивъ его въ нѣкоторыхъ направленіяхъ въ виду современнаго развитія фабричной, заводской etc. промышленности, непредусмотрѣнной римскими юристами, ср. *L. v. E. II*, стр. 390 и сл.). Въмѣсто этого романистическая юриспруденція реципировала такое понятіе *fructus*, которое уже для права республиканской, а тѣмъ болѣе императорской эпохи Рима было лишь филологическимъ переживаніемъ и юридическимъ анахронизмомъ. При этомъ она еще смѣшала предметы питанія „съ органическими произведеніями“. Этимъ путемъ, между прочимъ, получилось и то нѣсколько странное явленіе, что суррогатомъ необходимаго для гражданскаго права современнаго понятія дохода въ новѣйшемъ уложеніи (германскомъ) является понятіе, соотвѣтствующее весьма примитивной ступени экономическаго раз-

витія римскаго народа и при томъ не въ разумной и правильной копіи, а въ карриатурѣ, лишенной всякаго, даже архаическаго смысла. Не менѣе характерно и то явленіе, что и въ русской цивилистической литературѣ и въ частности въ учебникахъ гражданскаго права мы находимъ искаженное эхо древнѣйшаго періода римскаго экономическаго и юридическаго быта, несмотря на то, что 1-я ч. X т. вовсе не даетъ никакого повода для внесенія въ догматику этихъ допотопныхъ издѣлій, а, напротивъ, даетъ полную возможность развить рациональную и современную теорію „fructus“.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній возвращаемся къ статьямъ объ отвѣтственности владѣльцевъ и къ вопросу, что себѣ представлялъ законодатель, употребляя выраженіе „полученные уже доходы“.

А priori нельзя предполагать, чтобы представленія, понятія и рѣчь законодателя соответствовали исключительно денежному или исключительно натуральному типу хозяйства. Послѣднее было бы возможно только въ томъ случаѣ, если бы статьи, опредѣляющія отвѣтственность владѣльцевъ чужого имущества, были взяты изъ какого-либо древняго законодательнаго источника или были написаны подъ вліяніемъ новой гражданско-правовой теоріи плодовъ, соответствующей примитивной стадіи развитія римскаго права и римскаго народнаго хозяйства. Ни того, ни другого о статьяхъ 609 и сл. 1 ч. X т. сказать нельзя. Это законъ реформирующій и прогрессивный, изданный для замѣны прежнихъ неудовлетворительныхъ и неполныхъ статей Свода (въ этомъ убѣждаетъ его сличеніе съ прежнимъ правомъ) и составленный безъ познанія добра и зла романистической юриспруденціи и не путемъ заимствованія изъ учебниковъ римскаго права (въ этомъ убѣждаетъ вся структура и способъ изложенія закона). Представленія и „терминологія“ законодателя, слѣдуетъ предполагать, опредѣлялись современными ему хозяйственными воззрѣніями. Но, съ другой стороны, слѣдуетъ принять во вниманіе, что эти „современныя“ воззрѣнія не могли вполнѣ совпадать съ теперешними взглядами. 609-я и слѣдующія статьи были составлены въ 1851 г., т.-е. до крестьянской реформы, и относились къ помѣщикамъ, владѣющимъ крѣпостными крестьянами (ср. зак. 1851 г.; впрочемъ это видно отчасти и изъ теперешнихъ статей Свода, недостаточно очищенныхъ

отъ пятенъ крѣпостного права послѣ реформы). Но крѣпостное право придаетъ хозяйству въ значительной степени натурально-хозяйственный типъ, крестьянская реформа представляетъ весьма крупный шагъ на пути къ типу денежнаго хозяйства, и наши теперешнія воззрѣнія и разговорный языкъ должны обладать въ гораздо большей степени денежно-хозяйственнымъ характеромъ, нежели рѣчь и понятія законодателя 1851 г. Послѣднему вѣроятнѣ всего приписать представленія и понятія, т. ск., средняго, колеблющагося типа. Въ первомъ томѣ учения о доходахъ мы показали посредствомъ изученія источниковъ римскаго права, что для правильнаго пониманія слова „fructus“ въ *Corpus iuris* недостаточно грамматической *interpretatio*, а требуется логическое толкованіе, зависящее отъ разныхъ другихъ данныхъ изслѣдуемыхъ фрагментовъ, и что во всякомъ случаѣ то грамматическое толкованіе *fructus*, къ которому привыкли новые романисты, существенно затемняетъ и искажаетъ смыслъ источниковъ. Теперь мы на основаніи приведенныхъ общихъ соображеній утверждаемъ, что и слово доходъ въ статьяхъ 1 ч. X т. нельзя а priori понимать ни въ смыслѣ денежнаго, ни въ смыслѣ натурального дохода, а надо, какъ и при изслѣдованіи *Corpus iuris*, путемъ логическаго толкованія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ опредѣлить, означаетъ ли оно *fructus* въ смыслѣ *reditus*, въ смыслѣ *resunia*, или же *fructus* въ смыслѣ *dona Cereris* и т. п.

Обратившись къ этому осторожному и никакой предвзятой тенденціи не приносящему приему рѣшенія нашего вопроса, мы легко констатируемъ, что въ ст. 626 нѣтъ никакого противорѣчія.

Въ самомъ дѣлѣ, изъ статей 1 ч. X т. объ отвѣтственности владѣльца прежде всего несомнѣнно слѣдуетъ, что авторы этихъ законовъ, употребляя выраженія „доходы“, „полученные доходы“ и т. п., не стоятъ исключительно на той точкѣ зрѣнія, которую мы приписали примитивной эпохѣ народнаго хозяйства и новому романизму. Напротивъ, какъ въ дигестахъ слово *fructus*, такъ и въ статьяхъ 1 ч. X т. слово „доходъ“ употребляются преимущественно въ смыслѣ денежнаго дохода. При этомъ мы ограничиваемся статьями, происходящими отъ закона 1851 г.: Вторая изъ этихъ статей (610) встаети употребляетъ выраженіе „полученные доходы“, а именно она предписываетъ, что недобросовѣстный владѣлецъ

обязанъ „возвратить всѣ доходы, имъ съ того имущества полученные со времени“... etc. Смысль этого положенія изъясняетъ и опредѣляетъ статья 620, начинающаяся словами:

„Подъ словомъ доходъ, который недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ возвратить законному владѣльцу, разумѣется доходъ чистый, т.-е. остающійся за исключеніемъ употребляемыхъ на управленіе имѣніемъ и другихъ, подробно въ ниже слѣдующей (622) статьѣ означенныхъ, расходовъ“.

Очевидно, что здѣсь рѣчь идетъ о доходѣ въ денежно-хозяйственномъ смыслѣ: вычитать („за исключеніемъ“) можно только однородныя величины; изъ шерсти овецъ, напр., нельзя вычесть рабочей силы пастуха или жалованія и т. п. Подобныя же выраженія повторяются въ ст. 622 (Изъ доходовъ, которые владѣлецъ... обязанъ возвратить исключаются расходы...), 623 (исключаются также изъ доходовъ... всѣ денежные суммы...); характерно также постановленіе статьи 637 о добросовѣстномъ владѣльцѣ, предписывающей оставленіе въ имѣніи „необходимаго количества“ „изъ наличныхъ запасовъ“ и оканчивающейся словами: „Слѣдующая за сіе по оцѣнкѣ сумма вычитается изъ суммы доходовъ, которые онъ обязанъ возвратить законному владѣльцу“. Это постановленіе неточно, потому что предполагаемое здѣсь уменьшаемое по закону не можетъ существовать, но для насъ интересно, что законъ здѣсь говоритъ объ оставленіи извѣстнаго количества не „наличныхъ доходовъ“, а „наличныхъ запасовъ“ и противопоставляетъ эти запасы доходамъ. Точно также не можетъ быть сомнѣнія въ денежно-хозяйственномъ смыслѣ слова доходъ въ ст. 634 (о добросовѣстномъ владѣльцѣ), гдѣ находимъ замѣчаніе: „Въ тѣхъ имѣніяхъ, въ коихъ рубка лѣса на продажу дровъ составляетъ главнѣйшій или же исключительный источникъ дохода“... Въ перечисленіи, слѣдующемъ въ ст. 620 за общимъ постановленіемъ о возвращеніи „чистаго дохода“, остающагося за исключеніемъ расходовъ, преобладаютъ указанія на разныя денежные суммы и „прибыли“ („прибыль, полученная отъ принадлежащихъ къ имѣнію рыбныхъ ловель“, „прибыли, полученныя отъ шерсти овецъ, отъ молока, масла и т. п.; здѣсь шерсть и т. п. является не „прибылью“ и „доходомъ“, а источникомъ дохода), но рядомъ съ такими постановленіями денежнаго характера находимъ и указанія на „самыя сіи произведенія“ („вырученное продажею хлѣба, сѣна и другихъ

произведеній земли, или же фабрикъ и другихъ какого-либо рода заведеній, или же самаго сїи произведенія, если они не проданы, или въ случаѣ, когда они переданы кому-либо безъ продажи, или инымъ образомъ употреблены, то слѣдующія за нихъ деньги по оцѣнкѣ“ (ср. еод. п. 3). По смыслу статьи 620, изъясняющей, что подѣ доходомъ, подлежащимъ возвращенію, слѣдуетъ разумѣть чистый доходъ, „самаго сїи произведенія“ не могутъ являться однимъ изъ видовъ дохода (ибо они „чистымъ доходомъ“ считаются не могутъ), а образуютъ лишь средство и modus исполненія обязанности возврата чистаго дохода, сумма котораго должна быть соотвѣтственно уменьшена, аналогично, какъ по ст. 437 о добросовѣстномъ владѣльцѣ послѣдній оставляетъ въ имѣніи извѣстные „запасы“, цѣна которыхъ должна быть вычтена „изъ суммы доходовъ, которые онъ обязанъ возвратитъ законному владѣльцу“.

Во всякомъ случаѣ, приступая къ толкованію статьи 626 послѣ разсмотрѣнія смысла выраженій „доходъ“, „полученные доходы“ и т. п. въ прочихъ статьяхъ, возлагающихъ на владѣльцевъ обязанность возвращать доходы или освобождающихъ ихъ (въ случаѣ добросовѣстности) отъ такой обязанности, мы никоимъ образомъ не могли бы при чтеніи начальнаго общаго постановленія (добросовѣстный владѣлецъ имущества „не обязанъ возвращать доходовъ, съ онаго уже полученныхъ“) безъ дальнѣйшихъ разсужденій предположить или даже категорически утверждать, что подѣ выраженіемъ „полученные доходы“ слѣдуетъ разумѣть отдѣленные отъ главной вещи плоды и что законъ впадаетъ въ противорѣчіе съ собою, если онъ дальше говоритъ о продажѣ и т. п. ¹⁾ На-

¹⁾ Ср. категорическую и весьма отрицательную критику статей Свода объ отвѣтственности владѣльцевъ К. Змирлова въ его статьѣ „О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ (5 гл. 2 раз. 2 кн. 1 ч. X т.)“, помѣщенной въ Журн. гражд. и уг. пр., 1883 г. кн. 7. Здѣсь по поводу правилъ объ отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца читаемъ:

„Въ силу правила, установленнаго въ первой (626) статьѣ, добросовѣстный владѣлецъ не обязанъ возвращать полученные имъ съ имѣнія доходы, по день предъявленія къ нему собственникомъ въ установленномъ порядкѣ требованія о возвращеніи имѣнія. Это правило изложено въ 626 ст. многословно и съ ненужными поясненіями на примѣрахъ, причѣмъ приведены такіе изъ нихъ, которые противорѣчатъ общему правилу. Такъ поясняется, что добросовѣстному владѣльцу принадлежатъ убранные съ полей

противъ, по общимъ началамъ interpretatio мы бы при отсутствіи особыхъ специальныхъ оснований въ пользу иного толкованія, должны были бы приписать выраженію „полученные доходы“ въ ст. 626 тотъ же смыслъ, какой ему законъ приписываетъ въ другихъ своихъ постановленіяхъ, т.-е. денежно-хозяйственный смыслъ.

и луговъ хлѣбъ, сѣно и проданный или переведенный въ другое имѣніе приплодъ отъ животныхъ. Какъ извѣстно, къ числу доходовъ имущества принадлежать и такъ называемые его естественные плоды, каковы приплоды отъ животныхъ, хлѣбъ и сѣно съ полей и луговъ и т. п. Разъ животное дало приплодъ или поле дало урожай хлѣба, или лугъ урожай сѣна, все это—приплодъ, хлѣбъ и сѣно становятся доходомъ съ имѣнія, полученнымъ за истекшее время, безъ вычета даже издержекъ на полученіе ихъ. Слѣдовательно, въ силу общаго правила, что добросовѣстному владѣльцу принадлежитъ право на всѣ доходы, полученные съ имѣнія за истекшее время,—онъ долженъ имѣть право и на уродившіяся хлѣбъ и сѣно или приплодъ отъ животнаго, безъ различія, будетъ ли убрано съ поля и луга хлѣбъ и сѣно, и увезутъ или продадутъ приплодъ. Такимъ образомъ непосредственно обусловливать право на плоды съ вещи совершенно побочнымъ обстоятельствомъ—уси́ль ли сбытъ или перевести эти плоды добросовѣстный владѣлецъ или нѣтъ. Затѣмъ, 634 ст. устанавливаетъ крайне нераціональное правило о томъ, что добросовѣстный владѣлецъ не отвѣчаетъ за вредъ, причиненный имуществу его небрежностью... Между тѣмъ основное положеніе, выработанное еще римскою юриспруденціей, заключается въ томъ, что всякій обязанъ вознаградить за вредъ, нанесенный не только собственнымъ его дѣйствіемъ, но и собственной небрежностью или неосторожностью“ (стр. 109 и 110).

Последнее замѣчаніе автора, выражающее его недовольство и правиломъ 1 ч. X т. объ отвѣтственности владѣльца за поврежденіе капитальной вещи, интересно для насъ въ томъ отношеніи, что оно даетъ нѣкоторымъ образомъ ключъ къ его критикѣ 626-й статьи. Указаніе на правила, выработанныя „римскою юриспруденціей“, бросаетъ свѣтъ и на смыслъ и источникъ указанія на противорѣчія въ ст. 626. Оно облегчаетъ намъ толкованіе нѣсколько неопредѣленныхъ выраженій автора: „право на уродившіяся хлѣбъ, сѣно или приплодъ отъ животнаго“, „разъ... поле дало урожай хлѣба или лугъ сѣна, урожай, все это... становится доходомъ съ имѣнія, полученнымъ за истекшее время“... Prima facie можно было бы подумать, что авторъ требуетъ приписанія владѣльцу права собственности на плоды съ момента ихъ „рожденія“ и появленія на поверхности поля, но, принимая во вниманіе правила, „выработанныя римскою юриспруденціей“ (точнѣе ученіе римлянъ о свойствѣ нѣкоторыхъ вещей рождать изъ себя новыя вещи и объ органическихъ произведеніяхъ), не трудно догадаться, что онъ имѣетъ въ виду отдѣленіе органическаго произведенія отъ главной вещи и съ этого момента приписываетъ право собственности добросовѣстному владѣльцу. Prima facie могло бы возникнуть недоумѣніе, откуда „извѣстно“, что къ

Такимъ образомъ при отсутствіи второй половины 626 ст. мы къ „полученнымъ уже доходамъ“ никонимъ образомъ не отнесли бы плодовъ съ момента ихъ отдѣленія и даже съ момента ихъ *perfecta collectio*, съ момента ихъ уборки съ полей подѣ защиту хоз. кровель, и даже съ момента окончанія производства и готовности продуктовъ къ потребленію или сбыту, а, напротивъ, подѣ свободою владѣльца отъ возвращенія „полученныхъ уже доходовъ“ мы бы разумѣли исклю-

числу доходовъ имущества принадлежатъ и такъ-называемые его естественные плоды“ и т. д. Изъ экономической науки и изъ понятій и словоупотребленія современной повседневной жизни тѣхъ свѣдѣній, которыя авторъ передаетъ, какъ „извѣстныя“, о понятіи „доходовъ“ и въ частности „полученныхъ уже доходовъ“, добыть нельзя. Всякій помѣщикъ, напр., на вопросы: 1) когда онъ считаетъ „доходъ съ имѣнія полученнымъ за истекшее время“, съ того ли момента, „когда поле дало урожай хлѣба или лугъ урожай сѣна“, и 2) является ли для понятія полученнаго уже дохода „побочнымъ обстоятельствомъ“, успѣлъ ли онъ сбыть эти плоды или нѣтъ—не задумываясь, отвѣтилъ бы отрицательно и даже, можетъ быть, былъ бы пораженъ вопросомъ и возымѣлъ бы подозрѣніе, что его собесѣдникъ питаетъ коварное намѣреніе доказать, что для полученія доходовъ съ имѣнія и благосостоянія помѣщиковъ безразличны современныя низкія цѣны и затрудненія сбыта хлѣба. Конечно, положенія автора — болѣе невиннаго свойства, но чтобы узнать источникъ, откуда они „извѣстны“, нужно принять во вниманіе, что извлекъ современный романизмъ изъ правилъ, выработанныхъ римскою юриспруденціей, и повторяетъ традиціонно въ видѣ „ученія объ органическихъ произведеніяхъ“. На самомъ дѣлѣ источники римскаго права по крайней мѣрѣ въ 90 изъ 100 случаевъ подѣ выраженіемъ *fructus percepti* (и подавно въ случаѣ выраженія *reditus perceptus* и т. п.) разумѣютъ доходъ въ денежно-хозяйственномъ смыслѣ (ср. L. v. E. I §§ 10—16), но ни этотъ фактъ, ни другія дѣйствительныя правила римской юриспруденціи о доходахъ не находятъ правильнаго и точнаго отраженія въ ученіи романистовъ о плодахъ, представляющемъ лишь странную карикатуру дѣйствительнаго содержанія источниковъ. Автора, очевидно, ввело въ заблужденіе именно это ошибочное ученіе, точно такъ же, какъ его упрекъ по адресу положенія статьи 634, освобождающаго владѣльца отъ отвѣтственности за такое поврежденіе главной вещи, „которое могло бы быть приписано его небреженію“, коренится въ дошедшихъ до него не воплію точныхъ свѣдѣній объ отношеніи римской юриспруденціи къ вопросу объ отвѣтственности владѣльца за цѣлость главной вещи (римское право не только не ввело отвѣтственности владѣльца за послѣдствія *culpa*, но даже, воплію резонно съ цивилизно-политической точки зрѣнія (ср. выше §§ 19, 20) и согласно съ общими принципами гражданскаго и современнаго уголовнаго права, отрицаетъ возможность наличности вины въ юридическомъ смыслѣ въ случаѣ *bona fides*. *Culpa* и *bona fides*—понятія несоединимыя и исключаютія другъ друга; только *scienti potest culpa obici*).

чительно отрицаніе обязанности возвращать денежную прибыль, полученную съ имѣнія. Мы бы извлекли изъ ст. 626 вообще относительно доходовъ только то, что статья 634 предусматриваетъ относительно одного изъ частныхъ видовъ продуктовъ, постановляя, что владѣлецъ, продававшій дрова, не обязанъ къ возвращенію, поскольку онъ не вышелъ изъ предѣловъ извлеченія дохода.

Къ такому же результату мы бы пришли и при наличности второй половины 626 ст., если бы послѣдовали тому приему рѣшенія коллизіи общихъ *regulae* съ частными нормами, которому слѣдуютъ прочіе толкователи ст. 626. Мы бы тогда указали, что постановленіе второй половины 626 ст. о послѣдствіяхъ продажи приплода животныхъ, шерсти и т. п. (точно также какъ и соотвѣтственное правило о лѣсѣ въ ст. 634) правильно, но является излишнимъ, ибо оно уже заключено въ общей *regula*, постановленіе же объ убранныхъ съ полей и луговъ хлѣбѣ, сѣнѣ и т. п. является непослѣдовательнымъ и неправильнымъ „примѣромъ“, который слѣдуетъ игнорировать, etc. Посредствомъ толкованія по аналогіи или даже *a fortiori* мы бы далѣе освободили владѣльца отъ возмѣщенія цѣнности плодовъ, имъ безмездно отчужденныхъ или употребленныхъ для собственнаго пропитанія, вообще отъ *praestatio fructuum consumptorum*. Напротивъ, всѣ наличные плоды (*fructus extantes*) мы бы на основаніи общаго принципа о правѣ собственника главной вещи на всѣ ея произведенія etc. приписали собственнику, отличая ихъ отъ „полученныхъ уже доходовъ“. Къ *fructus consumpti* мы бы, впрочемъ, не отнесли переработанныхъ ископаемыхъ и т. п., ибо нельзя, напр., говорить о „полученномъ уже доходѣ“, когда глина передѣлана въ кирпичи, но для нихъ еще не найдено и, можетъ быть, не найдется сбыта, такъ что дѣйствительное полученіе дохода ожидается лишь въ будущемъ при условіи успѣха сбыта.

Такое толкованіе, по нашему убѣжденію, было бы болѣе корректнымъ, нежели господствующая теорія и менѣе бы грѣшило противъ юр. методологіи, но и оно, какъ видно изъ вышеизложеннаго, заключало бы въ себѣ двѣ ошибки. Первая ошибка состояла бы въ уничтоженіи частныхъ позитивныхъ нормъ на основаніи общей *regula*; вторая ошибка состояла бы въ томъ, что мы бы неправильно приписали вы-

раженію „полученные доходы“ исключительно денежно-хозяйственный смысл (въ pendant къ еще болѣе неправильному противоположному господствующему воззрѣнію), несмотря на постановленія ст. 626, обнаруживающей двумысленность этого выраженія въ устахъ составителей закона 1851 г., двумысленность, аналогичную съ той, какая замѣчается по отношенію къ *fructus percepti* между прочимъ и въ римскихъ источникахъ, и вполне естественную и понятную съ экономической и филологической точекъ зрѣнія.

Устранивъ предыдущія ошибки и опредѣливъ смыслъ общей *regula* первой половины статьи 626, въ частности а priori сомнительный смыслъ выраженія „полученные доходы“, по тѣмъ частнымъ постановленіямъ, которыя законодатель предлагаетъ намъ рядомъ съ общею *regula* (что мы сдѣлали уже въ первой половинѣ нашего изслѣдованія), мы къ тому же устранимъ особую обиду, наносимую господствующимъ мнѣніемъ законодателью и состоящую въ томъ, что толкователи статьи 626 не обращаютъ вниманія даже на специально къ нимъ обращенную просьбу законодателя: не толковать тенденціозно и вопреки истинной волѣ закона общаго положенія первой половины статьи 626, а выслушать прежде дальнѣйшія необходимыя разъясненія и указанія. Эта просьба, которую толкователямъ слѣдовало бы вѣжливо принять во вниманіе (точноѣе велѣніе закона, которому всякій юристъ долженъ повиноваться), гласитъ: „Таковыми доходами признаются, etc.“ Этими словами самъ законодатель высказываетъ въ данномъ специальномъ случаѣ то, что мы и по общимъ принципамъ юр. методологіи, и другимъ соображеніямъ признали выше правильнымъ и необходимымъ, а именно, что нельзя на основаніи такого или иного (можетъ быть, предвзятаго) толкованія общаго правила 1-ой половины ст. 626 игнорировать или кассировать вторую ея половину, а, наоборотъ, на основаніи частныхъ положеній второй половины ст. 626 (и другихъ позитивныхъ нормъ) слѣдуетъ опредѣлить смыслъ первой.

Тогда и рѣчи быть не можетъ о противорѣчіяхъ, введенныхъ будто бы законодателемъ въ ст. 626. Эти противорѣчія внесены лишь учеными цивилистами, сознательно или безсознательно проводящими во что бы то ни стало то рѣшеніе вопроса, которое имъ кажется желательнымъ, причемъ скры-

тымъ или явнымъ масштабомъ для оцѣнки и вдохновителемъ при толкованіи являются разныя теоріи пандектной доктрины — ея теорія органическихъ произведеній и ея отношеніе къ нашему институту, — далеко не удовлетворительныя и съ точки зрѣнія романистической науки.

Вмѣсто противорѣчія между первой и второй половиной ст. 626, не только не существующаго, но и невозможнаго уже въ силу того, что самъ законъ опредѣляетъ содержаніе первой половины содержаніемъ второй, можно только развѣ упрекнуть законодателя въ томъ, что онъ для однообразія и ясности терминологіи не остановился на какомъ либо одномъ опредѣленномъ смыслѣ выраженія „полученные доходы“, а употребляетъ его то въ смыслѣ денежно-мѣноваго хозяйства, то въ смѣшанномъ и неопредѣленномъ смыслѣ отчасти денежной, отчасти натуральной точки зрѣнія.

Такой смѣшанный и неопредѣленный смыслъ имѣетъ выраженіе „полученные доходы“ въ ст. 626 въ отличіе отъ другихъ статей закона, исходящихъ исключительно изъ точки зрѣнія денежно-мѣноваго хозяйства. Кромѣ того, и съ точки зрѣнія натурального хозяйства не вполнѣ удачно отнесеніе къ „полученнымъ уже доходамъ“ въ ст. 626 убранныя съ поля хлѣба, ибо уборка не есть конецъ производства. Но и здѣсь законъ даетъ болѣе удачное и правильное (не только съ цивильно-политической точки зрѣнія, см. выше стр. 338 и сл., но и съ точки зрѣнія терминологіи) рѣшеніе, нежели то, которое ему навязываетъ юриспруденція, думая о *separatio fructuum*, ибо *separatio* (или *perceptio*) ужь во всякомъ случаѣ и ни въ какомъ смыслѣ не является „полученіемъ дохода“; напротивъ, уборка хлѣба съ полей подъ защиту и охрану хоз. складовъ весьма успокаиваетъ главу натурального хозяйства относительно того, что потребительный фондъ для семьи на зиму уже обезпеченъ.